

POR

LA SEÑORA DOÑA FRANCISca Portocarrero, Marquesa de Villanueua del Fresno y Balcarrota, señora de Moguer.

CON

El señor don Pedro Lopez de Ayala, Conde de Fuensalida.



PVDOR, y honestidad, gemelos que se originaron del Parayso, si bien de causa pecaminosa, sus efectos son virtuosos, y conuiene su guarda en todo tiempo, mayor en este, comun a todos, deriuado de aquel hasta en los animales brutos, Benedict. Aegidius de honestate in princ. tituli, art. 1. fo. 21. n. 3. ibi: *Quòd verò honestatis ius illæsum semper seruari debeat, & ab omni superioritate sit exemptum, vt verissimũ tenendum est. Tùm, quia id ad bonos mores pertinet, non ciuiles tantùm, sed & naturales. Tùm, quia ius honestatis Imperio ipso ac Regia dignitate antiquius est: quod cum Protoplastis incœpit in Paradiso terrestri, vbi, quia statim post peccatum nudos*

Num. 1. La honestidad se originò del Parayso, y en todo tiempo, y mas en este se deue guardar.

se cognouerunt, consuerũt folia ficus, & fecerant sibi perizomata, quibus honestatis causa in pudendis cooperiretur, Genes. 3. Quod eleganter explicat D. August. lib. 14. de ciuit. Dei c. 17. & ibi ad fin. c. ait: *Quòd ex hoc omnes gentes, quoniã ab illa stirpe procreata sunt, vsque adeò tenent in vsu, pudenda velare, vt quidam barbari illas corporis partes, nec in balneis nudas habeant, sed cum earum tegumentis lauant per opacas quoque in die solitudines*, pluraque congessit Marinus Mersenius in Genes. c. 2. vers. 25. q. 33. fol. mihi 1238. & c. 3. vers. 10. q. 44. fol. mihi 1338. & infra latiùs agemus à num. 39.

Num. 2. Las palabras significatiuas no es licito pronunciarse.

Y aunque las palabras que desdoran estas virtudes, lasciuas, y torpes, ilicitas, è indignas de pronunciarse, de su naturaleza no sean reprouadas, mas antes conuenientes por su essencial significado, Sanch. de matrim. lib. 9. disput. 44. n. 13. & disput. 46. per totam, præcipuè a n. 31. & 33. cum alijs.

Num. 3. Empero por conseruar la modestia es justo que se escusen.

Tamen deseando conseruar la autoridad, reputacion, y honor, dedonde se formò la honestidad, teste Aegid. de honestate in princ. n. 1. fol. mihi 4. ibi: *Honestas dicitur à verbo honor seu honos, quasi honoris status*, secundum Isid. lib. 10. & hic, & Archid. in c. erit autem, lex 4. dist. Bald. in rubr. de vita, & honestat. Cleric. n. 8. vbi ait: *Quod honestas dicitur quasi honoris seruans statum*, & allegat Ioan. Andr. in rubri. cod. tit. 6. vtrũq; refert Gregor. in l. 7. tit. 6. p. 1. glos. 1. *Vnde honestus dicitur, qui honorabilis est.* Procurarè eneste guardar la modestia que en casos semejantes aconsejò la prudencia, Balthasar Chauasius Societat. Iesu, de vera prudentia lib. 3. cap. 11.

Num. 4. Acomodando las palabras mas graues, põderosas, y significatiuas.

Buscando las palabras y vozes mas significatiuas, mas decentes, remitiendo a la Latinidad las que fueren en algo erubescentes, teniendo en la mano la sonda, por escusar algun arrecife, escollo, baxio, o roca, estatera, o peso dellas, para q̃ la lengua desliciandose no ofenda los castos oydos, examinãdolas para que en el sentido aya grauedad, modo en ellas, y sustancia en sus periodos, y oraciones, Ecclesiast. c. 38. ibi: *Aurum tuum, & argentum tuum consla, & verbis tuis facito stateram, & frænos ori tuo rectos, & attende, ne forte labaris in lingua*, vt singulariter Diu. Gregor. in Psal. 50. in illa verba, Domine labia mea, ibi: *In verbis nostris statera præcipitur, vt omne*

omne, quod loquimur, mensura ponderetur. Proferamus ergo sermones examinatos libra iustitiæ, vt sit grauitas in sensu, modus in verbis, pondus in sermone.

Porque tal vez vna palabra mal sonante mantiene discordia, y impide qual muro inexpugnable, progressos felices, y fines deseados, Diu. Ephren. de vitio linguæ: *Plurimum licèt signis claruisset Moyses, vbi modicè lingua lapsus est, à terra Promissionis excedit. Magnum, & horrendum mare viam ei præcludere non potuit: sed verbum vnicum iniquè ab eo prolatum velut murus aliquis ipsi obstitit, ne vlterius progredi posset.* El hecho deste pleyto es conocido; refiriose a la vista lo bastante para manchar los oydos: del resultan para disputar tres articulos, refiriendo cada qual lo conueniente, respondiendo en ellos a las excepciones contrarias, porque su repeticion no renueue la ofensa.

Num. 5. Porque no ofendan, y impidan progressos mayores.

El primero, si està prouada la impotencia con los requisitos legales, y textuales?

El segundo, si ha cumplido la Marquesa con lo formal de los Canones, si cohabito el trienio, o le ha de reiterar?

El tercero, si el Conde esta obligado a restituir a la Marquesa la dote, arras, y demas bienes que diò, lleuò, y cobrò por respeto deste matrimonio.

PRIMVS ARTICVLVS.

Si està prouada la impotencia con los requisitos legales y textuales?

LA Marquesa tiene prouado y verificado este impedimẽto, y que el Cõde le padace por prouanças, por presunciones legales, y concluyentes, y por la cohabitacion textual, y Canonica, de quibus omnibus sigillatim agemus.

Por prouanças.

LO Primero, porque despues de quatro años y medio de cohabitacion, a instancia de la Marquesa, ceñido, y apretado el Conde con repreguntas, fol. 70. y 71. confiessa, que no ha consumado el matrimonio, assi lo jura tambien la Marquesa,

Num. 6. Confiessa el Conde que no ha cohabitado lo que obra la confession.

quesa, conuienen en esto las comadres, fol. 81. y que es apta para el matrimonio, no teniendo impedimento quien se casare con su Señoria, cuya confession concurriendo cõ la cohabitacion de tanto tiempo, es prouança concluyente, quia ipsa cõfessio dicitur Regina probationum, omnesque alias superat Roland. cons. 21. num. 3. lib. 1. & vt inquit Riminald. Iun. in cons. 502. num. 3. lib. 5. *Est omnium probationum illustrissima:* exornatq; idem in cons. 242. nu. 64. 65. & seq. lib. 2. & in cons. 415. num. 31. lib. 4. Aym. cons. 75. num. 1. Menoch. in lib. 1. Præsumption. q. 1. n. 37. Ianuen. decis. 60. n. 1. *Vocaturq; probatio superlatiua,* ad Bero. in cons. 16. n. 2. lib. 2.

Num. 7. Dize el Cõde, que es calificada, y que no se puede diuidir.

Y aunque el Conde dize, que esta confession es calificada, y q̃ no se puede apartar, ni separar lo vno de lo otro, ex tex. in l. neminem, ff. de legat. 2. Trebisa. decis. 46. n. 10. lib. 2. y q̃ en ella mesma representa la salida de no auer cohabitado cõ la Marquesa, esto es por su poca edad, disgustos, y enfermedades q̃ ha tenido, y temores de q̃ no se le pegassen las hisipulas.

RESPONDETVR.

Num. 8. Tiene prouado la Marquesa auer estado con salud, y està por su parte la presumpciõ.

LO Vno, que la Marquesa tiene prouado, y verificado en la pregunta añadida con mucho numero de testigos, Medicos, y criados que la asistian dentro de su quarto, y camara, que en todo este tiempo ha estado buena, sana, y que las indisposiciones que ha tenido han sido leues, y ligeras, de poca importancia, y consideracion, fol. 314. vsq; ad 321. asistiẽdo por parte de la Marquesa la edad, y la presumpciõ de que ninguno padece enfermedad, porque naturaleza a todos los cria sanos. Thom. Actius foro Semproniens. de infirmitate, p. 1. fol. 83. in Rubric. & c. 38. n. 8. ibi: *Itẽ allegans aliquod impedimentum,* vt ample per Fran. in c. ex ratione, col. 2. in fin. de appellat. l. qui commeatu, & ibi Bart. ff. de re milit. *Itaque cum morbus sit defectus, & impedimentum, ac inter casus fortuitos cõnumeretur,* vt supra c. 10. *is qui se in eo fundat, ad eius probationem obligatur,* Bertran. cons. 16. n. 5. lib. 6. & cõs. 164. n. 2. lib. 8. Rebuff. in practic. benef. de infirm. resig. glos. 2. n. 4. quos refert Sebastia. Med. de fort. casib. q. 6. n. 5. in 2. p. *Ratio est, quia qualitas illa, cum qua homo seu animal non nascitur,*

tur, minime præsumitur. Dec.consf.522.n.16. Borg. decis.7.n. 15.in 2.p. *Certum est autem natura homines sanos procreari, ut cætera animantia, unde sana præsumuntur, nisi contrarium probetur.* Masc.in cõclus.incip.sanitas,in ordine mihi 1295. & modo Paccian.eodem tract.de probat.lib.1.tit.54.n.8.

Num.9. Los criados de la Marquesa son bien nacidos, testigos idoneos, y no ay excepcion que lo impida.

Y las criadas en este caso, y en todo el discurso del pleyto, son los testigos mas idoneos, y importantes que se pueden traer, como mejor, y mas informados: y porque para verificacion de la cohabitacion, e indisposiciones, no se pueden traer testigos de fuera, que lo sean destos casos: demas, que criadas de señores tales, vt in plurimum, son gẽte principal, virtuosos, y bien nacidos, Aufrerius de reprobat.testium nu. 34. Alexander Ludouis.decis.351.à n.36. Gutier. de matrim. c.44.n.23. aunque el Conde los ha querido desdorar culpandose a si, pues si las tachas fueran verdaderas gran culpa huuiera tenido el Conde en auer tenido criadas, que no mereciessen estar en su seruicio: abonadas estan por la Marquesa con grande numero de testigos, asistiendoles para todo lo dicho las disposiciones juridicas, l.consensu, C.de repud. ca. veniens in fine de testibus, l.quoties, C.de naufragijs lib.11. c.super prudentiam 14.q.2. Farin.de testibus q.55.n.35.cum duobus seqq. Mascar.de probation cõclus.897.in princip.& n.15.& in conclus.1072.n.6. Actius de infirmitate 1.part.c. 37.num.11.& cap.40.à num.11.

Num.10. La cõfession del Cõde es separada, y por ella se prueua, y verifica el intento.

Lo otro, porque la confession del Conde tiene capitulos separados, y puede acceptarse por parte, & pro parte repudiarse: demas, q̃ quando la calidad, no es verisimil de su mesma naturaleza se separa esta, y queda en pie la confession, Bartol.in l. Aurelius, §.1. cumquæ sit, n.1.ff. de liberat. legat. Abb.in c.bonæ memoriæ el 2.de postulatione Prælatorum, & in c.cum venissent, n.7.& 12.de institutionibus. Y quando se transfiriesse la carga, y obligacion de prouar, la Marquesa tiene verificado, y prouado, que ha estado con salud: con que la confession del Conde queda pura sin calidad, ni condiciõ, Scacc.de iudicijs lib.2.c.11.à n.91.& à num.332.cum alijs.

Num.11. Y mayor credito se deue dar a los testi-

Y aunque el Conde ha intentado prouar, que la Marquesa ha estado indispuesta por mucho tiempo, lo contrario està veri-

gos que deponẽ de la salud que a los contrarios.

verificado, y mayor fee se deue dar a los testigos que deponẽ de su salud, que a los del Conde, Paris. cons. 88. num. 12. lib. 2. Ioan. Philip. Portius cons. 94. n. 16. Actius de infirmitate 1. p. cap. 37. num. 16.

Num. 12.
La edad que la Marquesa tenia era bastante, y de menos suele auer aptitud.

Lo otro, porque la edad que tenia la Marquesa al tiempo que se casò, eran mas de doze años, que es la que dispone el derecho para que el matrimonio sea legitimo, & tunc præsumuntur habiles ad copulam, & consensum coniugalem, c. continebatur de desponsatione puberum. Y aũque de nueue años ha auido muchas mugeres aptas ad copulam, teste Tiraq. de legib. connuuialib. l. 6 glos. 1. p. 6. à nu. 36. Lo regular es el año duodecimo, que nuestra Madre la Iglesia ha constituydo, Sanch. de matrim. lib. 7. disput. 104. num. 1.

Num. 13.
Y no se auia de aguardar a que cumpliesse catorze años.

Y si bien en este lugar Sanch. nu. 16. lleua por opinion, que si vno se casasse de edad de catorze años con otra de doze, y se dudasse de la aptitud ad cohabitandum, y se le opusiesse a qualquiera de los dos impedimento de impotencia, se ha de aguardar al varõ hasta edad de diez y ocho años, y a la muger hasta catorze, si ya no es que conste, que el impedimento nõ ex debilitate, sed ex frigiditate eam impotentiam consurgere, iuxta c. laudabilem, de frigid. & maleficiat. donde se prescribe la experiencia con el trienio, y passado no se requiere otra experiencia: y aunque el Conde se valiera desta dotrina queriendo juzgar por ella que su defeto estaua en la Marquesa por su tierna edad, y achaques que pone a no auer cohabitado por soldar este impedimento que tanto ha sentido que se manifestasse, y deduxesse: està refutada esta dotrina por el Padre Gaspar Hurtado, ipsiusmet Societ. de matrim. disput. 22. difficult. 11. nu. 41. ibi: *Et ab eodem die computandum est, etiam in matrimonio pueri quatuordecim annorum, & puellæ duodecim, quando etiam agitur de impedimento impotentiæ, & non à 18. anno in puero, & à 14. in puella (vt immerito docet Sanch.) quia triennium eodem modo absque distinctione aliqua horum, aut illorum supponitur sufficere pro experientia.*

Num. 14.
Y siendo de mas de diez y ocho se intẽtò el pleyto.

Demas, q̃ aun en esto tambien queda conuencido el Conde, porque la Marquesa quando puso este pleyto de nulidad de matrimonio, tenia mas de diez y ocho años, auiendo cohabi-

habitado quatro y medio en esta forma desde que se casò hasta q̃ puso el pleyto de nulidad de matrimonio por defeto de consentimiẽto diez y nueue meses, y despues del pleyto que durò treze meses, que tenia a la sazon quinze años, continuò la cohabitacion por otros tres años; con lo qual no puede alegar el Conde menor edad, y que por esto se abstuuo de la cohabitacion, y assi estamos fuera de la disputa de Sanchez, y concurre cõ esto que el defeto no està en la Marquesa, sino en el Conde, ni està alegado que la Marquesa sit nimis arcta, ni pudiera, porque las comadres la hallan capaz y apta, y en este habla Sanch. dict. disputat. 104. num. 18. in fine, ibi: *Et ob eandem rationem quando dissolutio matrimonij petitur ob puellæ arctitudinem, nec constat ad oculum eam esse talem, vt nõ ex ætate imbecilli consurgat, non potest peti, donec puella expleuerit 14. annum, in quo ei pubertatem perfectam contingere diximus. Quod vsque tũc ex imbecilli ætate prouenire possit præsumi, sicut de puero ante plenam pubertatem diximus.*

Lo segũdo, porque los medicos nombrados por el señor Vicario, declaran, que el Conde padece este impedimento, y que es perpetuo, nullaquè medicina curari posit: y aunque los Doctores Polanco Perez de san Martin, Andosilla, y Roman en su primera declaracion fol. 79. juzgan, que el Conde en las partes exteriores no padece impedimento, si bien reconocẽ en lo interior puede padecerle, y esto fue por corresponder su declaracion a la demanda que especificò algunos impedimentos exteriores que se espressaron en ella sin conocimiento indiuidual de la especie de impotencia que el Cõde padecia, porque en esto no auia luz, ni mas de la que dierõ algunos criados del Conde, porque la materia de suyo es tan oculta, e indecẽte, que no dio lugar a otros examenes, ni aueriguaciones, ni la modestia sufria otra cosa, y ella embaraçaua pregũtarselo a la Marquesa, ageno todo de su honestidad y grandeza, como se menciona en el segundo pedimiento de la Marquesa, fol. 121.

Num. 15. Lo que parece de la primera inspeccion.

Por el qual considerãdo lo dicho, y que los medicos referidos no auian hecho experiencia sobre el caso, y la que se requiere por el arte, y se haze en casos semejãtes, vt testatur

Num. 16. Quedò informe la primera, y fue preciso que se hiziesse la segunda.

Fra-

Fragosus en sus declaraciones, fol. mihi 567. se pidio, q̃ otros Medicos le viessen y especulassen, si entre tantas especies de impotencia natural y perpetua, como conocieron los Fisicos, padecia alguna el Conde.

Num. 17. Las señales que ay para conocerse este impedimento.

Maximè si attentè differentiæ ad inuestigandam impotẽtiam perpendantur, quia signa ad id cognoscendum alia euidentia, quæ oculo corporeo percipi possunt: nempe quando virile omninò est amputatum, Sanch. de matrim. lib. 7. disputat. 107. num. 2. & 5. *& caret vtroque testiculo*, nu. 9. *vel aritdum penitus est*, vt num. 6. *aut quod fœmina omnimodè arcta sit*, vt nu. 7. *vel si vir ab alio matrimonio* sit ratione frigiditatis per sententiam separatus, vt num. 8.

Num. 18. Quantas especies ay del.

Aliæ denique impotentiæ naturales & perpetuæ sunt, quæ oculo corporeo percipi, seu designari minimè possunt, quæ impotentiæ non minùs annullant matrimonium, quàm cæteræ impotentiæ visibiles, videlicèt ignauiam, siue torporẽ genitaliũ signũ esseq; impotentiæ naturalis, vt consentiũt Doctores, cũ enim ad penetrandũ vas, opus prorsus sit virile membrum attrigari, & per tempus in erectione perseuerare, sit ipsum ineptum esse ad vasis penetrationem, laxitudine intercedente, siue ignauia, docet Gabriel Alphonsus de sterilitate lib. 3. cap. 3. sic rectè inquiens: *Rem veneream prout ipsa prolis generatio postulat, vir perficere nequit, cùm huic operi idonea erectione eius pudendum minimè gaudet. Quo sanè vitio genitalium ignauia nuncupato vno è duobus modis pœnis afficitur. Aut enim validè erigi non valet, aut etiam si probè tũc fiat, ab hac tamen tumefactione antequã coitus perficiatur, desistit, quia videlicèt, ocyus, quàm pars sit semen emittat.* Docet item Hucherus de sterilitate virili, lib. 1. de morbis pœnis, fol. 70. sic inquiens: *Mollities pœnis tum cùm erigi, distendi, inflamariq; nullo modo, aut per breui spatio possit, quando ex idiophatia laborat, symptoma est, nempe abolita erectio, & coeundi impotentia nata ex intemperie plus satis frigida, &c.* Docet Ioan. de Michaelis in pract. tract. 6. cap. 20. rubric. 2. Mercurialis in practica pluribus in locis, Philonius quoque in practica vbi de duritiæ partium, & docet Holerius in praxi passim, Pettrus Paul. Pereda in praxi super Paschalium

chalium in methodo curandi multis in locis, vbi de frigiditate partium.

Sed tamen cùm hæc materia adeò sit grauis, summiquè pōderis & æstimationis, videns medicos tantæ authoritatis, nullam ad inuestigandum signum impotentiæ diligentiam adhibuisse in admirationem rapior: attenteq; considerare sigilatim tenebantur, an impotentiæ species, quæ exprimebātur Marchionissæ libello, certæ naturales perpetuæ sint, ex qua causa oriebantur, siquidem impotentia potest originari ratione debilitatis facultatis totius corporis, vel alicuius partis principis, vt cordis, vel cerebri, cuius causa non generantur spiritus simpliciter necessarij ad erectionem instrumenti, seu penis, neque adest tantus calor ad hoc, vt per tantum tempus instrumentum erectum subsistat, neque generatur semen præ tali difficultate in debita quantitate, & cum debita dispositione, vt opus est, quæ tria requisita ad vigorem & facultatem erigēdi, seminādiq; sunt maximè necessaria. Nempe spiritus qui inflet; calor, qui existat; semē, quod emittatur, vt videre est in Paulo lib. 3. cap. de sterilitate, & Galen. lib. 15. tit. 1. cap. 1. & 2. & 37.

Num. 19. Fue preciso que se inuestigasse lo indiuidual.

Rursus qua experientia moti non habere Comitem illam membri virilis grossitiem existimarunt, cùm penem erectū minimè inspexerint, ex quo plena totius causæ cognitio pendet, maximè cùm ad id credendum, tantaque signa extrinseca præcesserint. Hæc tamen, quæ prædicta declaratio prædictorum æquiuocè occultauit, plenè, explicitequè per alios luce meridiana patefactum omnibus mansit.

Num. 20. Lo que los primeros no hizieron, especularon los segundos.

Reconociendo la importancia del caso el señor Vicario, nombrò para la segunda inspecciō a los Doctores Iuan Gutierrez, Diego de Herrera, Ioseph Peregrin, Melchor de Lara, Pedro Ferriol, el Licēciado Tamayo, que despues de auer hecho la experiencia que ordena la Medicina, y refiere Fragoso d. loco suprà citato num. 16. vnanimes y cōformes hazen la presente declaracion, fol. 123. ibi.

Num. 21 Que medicos fueron los de la segunda inspeccion.

En la villa de Madrid a treze dias del mes de Agosto de mil y seiscientos y veinte y ocho años ante el señor Licenciado don Iuan de Velasco y Azeuedo Vicario general de la dicha

Num. 22. Formales palabras de la segunda inspeccion, y como lo hizieron.

cha villa parecieron preſentes el Doctor Iuan Gutierrez, y el Doctor Diego de Herrera Medicos de Camara de ſu Mageſtad, y de la Reyna nueſtra ſeñora, y el Doctor Melchior de Lara Medico del Reyno, y el Doctor Pedro Ferriol Medico y cirujano de la Reyna nueſtra Señora, y del ſereniſsimo Cardenal Infante, y el Licenciado Andres de Tamayo cirujano de ſu Mageſtad, y de ſu hoſpital Real. Dixeron, que en cumplimiento del auto proueydo por el dicho ſeñor Vicario general han viſto, y viſitado a don Pedro Lopez de Ayala Conde de Fuenſalida, y con la viſta que tienen hecha, declaran, q̃ quieren hazer ſu declaracion, y el dicho ſeñor Vicario general recibio de los ſuſodichos juramẽto en forma de derecho por Dios nueſtro Señor, y por vna ſeñal de Cruz tal como eſta ✠, en que cada vno puſo ſu mano derecha: y auiendo jurado, y prometido de dezir verdad; y auiendo el dicho ſeñor Vicario general pueſto por delante a los ſuſodichos la grauedad deſte caſo, y lo que conuendra al ſeruicio de Dios nueſtro Señor, que en eſta cauſa ſe auerigue la verdad para que nueſtro Señor ſea mejor ſeruido. Y auiendoles ſido moſtrada la demanda pueſta por la Marqueſa de Villanueua del Freſno al dicho Conde de Fuenſalida, y la declaraciõ que tienen hecha en eſta cauſa los Medicos, y comadres, y las que tiene hechas aſsimiſmo el dicho Conde de Fuenſalida: y viſto, mirado, y conſiderado todo ello, y lo demas que verſe deuia por los dichos Medicos y cirujanos de ſuſo nombrados debaxo del juramento que tienen hecho, y ſo cargo de ſus almas y conciencias, auiendolo conferido y tratado como el caſo requiere. Dixeron todos, nemine diſcrepante, que juzgan conforme a ſu arte de medicina, y cirugia, que el dicho Conde de Fuenſalida es impotente, e impoſsibilitado para conocer carnalmente donzellas, y conſumar matrimonio con ellas, y que la dicha impotencia no es temporal, ni curable, ſino perpetua y abſoluta, reſpectiue a donzellas, como tienen dicho, y eſto declararon ſer la verdad, ſo cargo del juramento que tienen hecho, y lo firmaron de ſus nombres, y el dicho ſeñor Vicario general.

Num. 23.

Contra eſtas declaraciones tan juridicas, con tanto zelo,

y ma-

y maduro acuerdo hechas, se opone el Conde, y dize, que no hazen fee, por auerse hecho sin citacion de parte, ni estar ratificados los Medicos en ellas: que no se pudo hazer la segũda: que los Medicos padecen algunas tachas: que los fue a llamar el agente de la Marquesa: que sin embargo desto tiene prouança exuberante con grande numero de testigos, y doze Medicos, y Cirujanos: que auiẽdole visto afirman, que el Conde es apto, y capaz, no solo para mugeres desfloradas, sino tambien para donzellas: con que juzga, queda excluyda la pretension de la Marquesa, pues quando fuera igual la prouança se ha de dar mas credito a la que depone de afirmatiua, y aptitud natural, que a la de la Marquesa, Inocent. in c.1. in fine de frigid. Sanch. de matrim. lib.7. disput.113. à nu.19. Que no obsta, ni puede.

Lo que opone el Conde a lodicho.

Lo primero, porque los Medicos como peritos en el arte, mantienen vezes de juez, no de parte, mayormente quando por los mesmos juezes son nombrados, y entonces no son testigos, sino meros arbitros, Iason in l.1. §. fin. ff. de verbor. obligat. Hippol. Rimin. consl.212. nu.16. lib.2. Corn. consl.43. col.4. lib.1.

Num. 24. Los peritos tienẽ vezes de juezes.

Lo segundo, porque la eleccion de los Medicos para inspecciones semejantes, toca, y pertenece a los señores juezes Eclesiasticos, como competentes deste caso, y a quien les incumbe la verificacion del cap. causam matrimonij 14. de probationib. cap. literæ 7. & fin. de frigid. & maleficiatis, ibi: *Vos verò, ne id confiterẽtur in fraudem, à matronis bonæ opinionis, fidedignis, ac expertis in opere nuptiali, dictã fecistis inspici mulierem, quæ perhibuerunt testimonium, ipsam adhuc virginem permanere. Postmodum per presbyterũ, de cuius parochia virextitit, fecistis inquiri, vtrum ipse aliquam cognouisset, nec per inquisitionem ipsam vobis constare potuit, aliquam esse carnaliter cognitam ab eodem*, & in simili Sanch. de matrim. lib.7. disput.100. n.2. & disput.113. n.25. ibi: *Quinimo in his causis coniugalibus iudex ex officio multa supplet.* Quod bene docet Cardin. cap. fin. n.1 verb. Nota quod virginitas, de frigid. *Et probat ex eo textu, vbi quia de matrimonio ratione impotẽtiæ dissoluendo tractabatur, iudex ex officio fecit per matronas inspi-*

Num. 25. Pertenece esta elecion a los juezes Eclesiasticos.

spici; vxorem interrogauit presbyterum parochianum, ac multa alia fecit. Potest etiam ex officio corrigere dictum testis parte non petente, quoties testis deponit iuxta artis peritiam: vt per l. arbitro. ff. qui satisdare cogantur, docent Bart. ibi in 4. Frac. Aretin. cap. penult. nu. 6. notabili vlt. de probation. Fulu. Pacian. de probation. l. 1. cap. 47. num. 31. quod limitat, num. 72. *Vt procedat antequam iudex sententiam tulerit. Similiter potest iudex in causa coniugali facere ex officio suo, parte non petente, vt allegata impotentia viri aut fœminæ arctitudine, inspiciatur vir aut fœmina, vt vel sic norit, an matrimonium sit validum, necne? Quia suum est cauere animarum periculum, quod imminet si matrimonium illud sit irritum. Deinde quod in causis coniugalibus iudicis officiũ exuberet, & suppleat multa, quæ posset pars intentare.* Vt probauimus triplici nu. præced. & ita docent Abb. c. Fraternitatis, nu. 4. de frigid. & ibi Alexand. de Neuo in princip. nu. 5. Astensis 2. p. summ. l. 8. tit. 37. art. 2. paulò post principium.

Num. 26. Hizose la eleccion conforme a la costũbre, y estilo a que se deue estar.

Lo tercero, porque demas de lo dicho, y que dello se prueua, que no necessita de mas solenidad que nõbrarlos el juez Eclesiastico, y ellos de poner con juramento, aduirtiendoles el juez la importancia del caso, vt aduertit Aretin. cons. 142. num. 17. ay estilo en el Tribunal comunmente, obseruado, que los juezes Eclesiasticos nombran los Medicos, mandan a la parte del actor que los llame con todo secreto, y cuydado, para que el reo no lo entienda, y se preuenga; conuocados, va con ellos el juez Eclesiastico, o los embia, o llama a la parte a su casa, y hecha la inspeccion, juran sin citar a la parte del reo, ni actor, ni ratificarlos por ser juezes, y no testigos, como lo dizen Pedro de Torres, Simon Ximenez, Iuan de Perogila, y otros en la 9. pregunta del interrogatorio de tachas, y en especial dizen, y deponen, que esta costumbre, y estilo esta legitimamẽte prescripta por possession inmemorial, y que lo hã visto practicar assi en pleytos de importancia de Maria de Cabrera, y otro de Maria de la Concepcion, y otro de doña Luisa de Guebara: y este estilo, tan inconcusa, e inuariablemente recebido, como inuiolable ley se deue obseruar, y a el sin contradiciõ alguna se deue estar, Menoh.

cons.

conſ.270.n.19.& conſ.100.n.4.& de præſumptio.lib.2.præſumtio.8.nu.14.& 21.Gaill.lib.1.obſerbat.1.à nu.1.Crauet.conſ.201.Franciſc.Biuius deciſ.297.n.1.Theſaur.deciſ.1.n.9.Cacheran.deciſ.22.nu.6.& ſeq.Bernard.Greuen.in proœm.practic.concluſionum num.83.

Num 27.
Mayormente auiendo tantos actos que corroborã el eſtilo.

Mayormente,concurriendo tantos actos poſitiuos,en cuya conformidad ſe ha ſentenciado lo meſmo,l.nam Imperator,ff.de legib. *Nam rerum ſimiliter iudicatarum vim legum obtinere debere*,Peregrin.Ianin.de reali citatione c.1.nu.19.lib.1.& n.66.Corn.conſ.73.n.1.lib.3.& procedit quamuis non ſit contraditorio iudicio ſeruatum,Crauet.conſ.201.n.22.Bernard.Greuen.d.loco nuper citato num.87.

Num.28.
Y ſe puede informar extrajudicialmente del eſtilo.

Y quando no conſtara deſte eſtilo,practica,o coſtumbre,pudiera V.m.extrajudicialmente,y ſin citacion de parte informarſe del.Bart.in l.lex Iulia in fin.ff.de teſtibus,Bald.in l.vnica in fine,C.vt quæ deſunt aduocatis,Maſcard.de probationib.concluſ.1338.n.4.Bernard.Greuen.d.loco n.99.

Num.29.
Y la primera quedò informe,como dize Fragoſo,y ſe pudo hazer la ſegũda inſpeccion.

Lo quarto,porque la ſegunda inſpeccion,ſe deuio,y pudo hazerla el ſeñor Vicario.Tùm,porque la primera quedò informe,y era preciſo hazerſe la ſegunda,vt in ſimili dicit Fragoſo d.loco ſupra citato n.16.donde refiere otro caſo ſemejante,y que el meſmo Iuez Ecleſiaſtico los llamò a el,y a otros,y hizieron las experiencias que ordenan la cirugia,y medicina,y dellas conſtò,que el reo padecia impedimento:y eſto es conforme a derecho,teſte Pacianus de probationib.lib.1.c.47.n.71.ibi: *Nono differunt,quia iudex,qui eligit peritos in arte,poteſt ex officio retractare eorum dictum ante ſententiam latam per alias meliores informationes,quod ſecus eſt in alijs teſtibus,iuxta doctrinam Bartoli* in d.l.arbitro,n.4.verſ.cõmittitur enim,ff.qui ſatiſd.cogan.vbi tradit, *quòd ſicut committitur aliquando notarijs,vt faciant comparationem literarum,& medicis,vt inſpiciant qualitatem vulnerũ,& obſtetricibus,vt inſpiciant ventrẽ,& menſoribus,vt mẽtiãtur,vel aliquibus alijs peritis,vt æſtiment res,ita etiamſi prædicti malã relationẽ fecerint,poterit ſuperior adiri,vt corrigat,quod ab illis factum eſt improbè:quæ doctrina intelligenda eſt,vt procedat antequam iudex tulerit ſententiã ſuã,ſecundũ ipſorũ relationem.*

Num. 30.
Y se puede reiterar muchas, y diuersas vezes.

Tùm etiam, porque en causas matrimoniales, vna, y muchas vezes se puede hazer la inspeccion antes de recebir la causa a prueua, ella constante, & post eius publicationem August. Beroius cons. 33. vol. 1. n. 12. ibi: *Hoc præmisso modo consulo, quòd ipse dominus iudex antequam causam determinet, ex officio suo eligat alias honestas, & peritas matronas, quæ diligenter inspiciant dictam dominam Maithaam, an sit virgo, & non corrupta, necne? Et quamuis semel domina Matthaa fuerit inspecta per quasdam obstetrices, vt in processu, tamen iterum potest inspici ad cognoscendum, & inuestigandum de eius virginitate, tum quia dictæ obstetrices nõ concludũt, quia altera asserit se non potuisse inspicere, denegante, & resistente dicta domina Matthaa: tum etiam quia de iure ad inuestigandam veritatem potest iudex ex suo officio, ac etiam ad instantiam partis facere, quòd iterum, & sæpiùs inspiciatur per alias matronas, & peritiores obstetrices, quæ melius de virginitate, seu de corruptione illius deponant*, vt est text. in terminis, & ibi glos. & Doct. notãt in cap. causam, extra de probation. Et etiam hoc procedit, quamuis sit conclusum in causa. Et esse communem opinionem docet Apostilla ad Alex. cons. 148. num. 7. lib. 2. in verb. non posse, Sanch. his non relatis, lib. 7. disput. 113. n. 21. cum duob. sequentib.

Num. 31.
Lo q̃ se opone contra los Medicos, y lo que dize don Alonso Hernandez.

Lo quinto, porque contra los medicos no se prueua tacha, ni se opone; solo contra el Doctor Iuan Gutierrez se intentò aueriguar, que viendose el, y el Conde otro dia jũto al Colegio de Atocha, y quexandose desta declaracion el Conde, le respondio, que no le diesse cuydado, que su Señoria estaua muy bueno, y que le daria veinte medicos que dixessen lo contrario, y dirian la verdad; y que auer dicho contra su Señoria, fue cierta negociacion; pero que lo cierto era, que estaua bueno. Esto articula el Cõde en la 14. pregũta, sobre ella deponen don Alonso Hernãdez paje del Conde, fol. 523. *que el Doctor Iuan Gutierrez llegò al coche en su presencia de don Iuan, y don Luis de Ayala, y quexandose el Conde, respondiò el Doctor Iuan Gutierrez, q̃ lo auia hecho a persuasion de las partes, que era muy seruidor del Conde, y que era muy potẽte, y capaz para qualquier muger dõzella, y casada, y q̃ daria*

veinte

veinte medicos para q̃ lo declarẽ, y haria diligẽcia de buſcallos.

Don Luys de Ayala en la 13. fol. 514. *que reſpondio Iuan Gutierrez: Perdoneme V. S. por amor de Dios, que yo he ſido muy ſeruidor de V. S. y lo que dixe fue por lleuarme el ſeñor Vicario, y a los demas Doctores, q̃ yo me holgara harto eſcuſarme, que ya ſabe V. S que naci para ſeruir, y que reconozco la merced q̃ he recibido de V. S. y ſus padres, y aſsi puede tener V. S. por muy cierto, q̃ yo lo remediare cõ dar a V. S. veinte Doctores, que digan como eſta V. S. muy bueno muy ſano, y muy ſuficiẽte para todo, y q̃ no he conocido a V. S. enfermedad achacoſa ninguna mas de vna que tuuo, q̃ fueron tercianas, y calenturas: y eſto ſera mañana en aquel dia que lo andare preuiniendo todo.*

Num. 32. Lo que depone dõ Luis de Ayala.

Dõ Iuã de Ayala en la 14. pregunta; q̃ es el vltimo teſtigo, *q̃ reſpondio Iuã Gutierrez, q̃ era muy ſeruidor del Conde, y de ſu padre, y abuelo, y q̃ daria veinte medicos q̃ dixeſſen lo cõtrario de lo q̃ ellos auiã dicho, y q̃ a eſto ſe hallarõ preſentes don Luis de Ayala, y don Alonſo Hernandez criados del Conde.*

Num 33. Lo q̃ dize don Iuan de Ayala.

De la inſpeccion deſtos dichos ſe reconocera la diferencia que hazen los que ſon criados de quien no lo es: los criados del Conde, por afecto ſe arrojan, y no hazen fee, l. etiam, C. de teſtib. l. 1. §. ad quæſtionem, ff. de quæſtion. l. teſtes eos, ff. de teſtib. Farin. eod. tit. q. 55. n. 1.

Num. 34. Son criados, y depõnen con afecto.

Demas que de la diuerſidad ſe conoce, que la excepcion ni eſta prouada, ni la admite el derecho, porque ſu ſingularidad es obſtatiua, y aduerſificatiua, diſcordando en lo formal de las palabras, tratandoſe de ſu verificacion, Anton. de Butr. in cap. nihil, in princip. de verbor. ſignificat. Doctores in cap. licet cauſam de probation. Daniel cap. 13. gloſ. in cap. nihil omnib. 3. q. 9. Farinac. de teſtib. q. 64. num. 5. & 67. cum duob. ſeqq. Y es inueriſimil, que coſa ſemejante dixeſſe vn hombre de tanta autoridad, tan conocido por docto, Chriſtiano, y graue: y demas de ſer tan publico, lo tiene verificado la Marqueſa en la 3. pregunta de ſu interrogatorio de abonos con grande numero de teſtigos.

Num. 35. Son ſingulares ſingularitate obſtatiuâ

Lo ſexto, porque la prouança del Conde ſe reduce a tres generos de perſonas, criados, mugeres, y doze medicos que deponen de ſu aptitud con actos, venereos, y obſcenos; q̃ no hazen fee, ni prueuan el intento

Num. 36. A lo que ſe reduce la prouãça del Cõde.

Lo

Num. 37.
No deponē de actos con donzellas, ni concluyen per necesse, ni prueuan.

Lo vno, porque ay testigo que deponga de la aptitud con donzellas, y aunque algunos dizen de oydas de que el Conde las ha conocido, ni ellas lo dizen, ni quando lo dixeran e-ra prueua concluyente desto, pues su confession viniera a ser para efeto de simular esta calidad, para que la paga fuera crecida, y la cantidad mayor, & ita debebat per necesse concludere, & non per possibile, l. non hoc, C. vnde legitimi, Bald. in l. ad probationem, C. de probationibus, Castrens. in l. veteribus, ff. de pact. Calcan. cons. 36. num. 25. & cons. 121. n. 2. Alexad. cōs. 49. num. 12. lib. 7. Decius plene in cap. in præsentia à num. 58. de probationibus.

Num. 38.
Aunque depongā de su mesma torpeza.

Lo otro, porque las mugeres que deponen de su misma torpeza, aunque se pretenda por el Conde, q̄ hazē fee, l. quæro 58. §. fin. ff. de ædilit. edict. l. cum, ff. de probationib. l. serui, ff. de testib. Ancharr. cons. 225 in fine, ibi *Non esse verisimile, quòd mater tantum scelus confessa fuisset, nisi sic veritas se haberet.* Ioseph. Roman. cons. 22. num. 5.

Num. 39.
No se les deue dar credito por el afecto, y licencioso proceder

Con todo en este caso no prueuan, considerando, que la question del pleyto es en razō de la aptitud para donzellas, y ellas no lo son por sus mismas confessiones, y su facilidad obliga a que ni fueran admitidas; y ya que lo estan, no hazē fee, ni prueuan por su misma torpeza, y forma tan asquerosa de sus deposiciones, l. palàm in princ. & §. 1. & §. non solum, ff. de ritu nuptiarum, l. athletas, §. ait prætor, ff. de is qui not. infam. Farin. de testib. q. 56. à num. 358. Y esto no solo por la torpeza de sus personas, sino porque tambien se presume afecto a aquellos con quien trataron, y aunque esto se dexa al arbitrio de V. m juzgo del, y de las deposiciones que sin erubescencia no las verà, ni estimarà, porque el derecho las reprueua, Ægid. de honestate artic. 9. fol. mihi 270. num. 13. Riccius in praxi decisionum tit. de matrimonio, decis. 239. num. 3.

Num. 40.
Deponen de cosa inuerisimil, y de actos q̄ los mas licitos se ocultan.

Lo otro, porque ellas, y los hombres deponen de actos inuerisimiles, è impossibles, porque no cabe en el concepto humano, ni se persuadirà ninguno a creer, q̄ el Cōde hiziesse estos actos con tāta publicidad, y de suerte q̄ los testigos los viessen, pues aun los licitos conyugales en el sumo retiro se

se celebran, Diu. Thom. in additionibus ad 3. par. quæst. 64. art. 7. *Salua debita honestate, quæ in talibus exigitur, quia nõ oportet, quod in publico reddat debitum.* Tertulian. de resurrect. ibi: *Modesta in occulto matrimonij dissimulatio & vna notitia eius, de bonis carnis Deo adolentur.* Petrus de Soto de matrimon. lect. 6. ibi: *Locus publicus, vtpote contra honestatem naturalem illicitum facit actum matrimonij; sed de hoc non opus est dicere, quare id peccatum sit, sat est, quòd ab ipsa aborreat humana ratione.* Et peccatum mortale talia in publico exercere, & contrarium hæresim sapere asserit Sanch. lib. 9 disputat. 15. num. 1. ibi: *Et quidem in loco publico petere, aut reddere debitum manifesta culpa lethalis est. Et neminem inueni dubitantem. Quia aduersatur decentiæ, & honestati humanæ, essentquè, sic coeuntes maxima ruinæ occasio aspicientibus. Contrariũ exercebant Turrelupini hæretici, docentes ex rebus, quæ à natura insunt, erubescendum minimè esse. Atquè adeo natura abhorret publicum hunc concubitum, vt nulla necessitate excusari valeat*, vt bene docet Petrus de Ledesma de matrim. quæst. 46. art. 7. ad 1. Basil. Legioniens. de matrim. lib. 7. cap. 63. à num. 1. qui plura in proposito cõgesit. & est omnino videndus.

Num. 41. Reconocido por los Gentiles este recato.

Y aun los Gentiles reconocieron, que era comun este recato a todos, y se estendia a los mas barbaros, agrestes, y cimarrones, Cicero lib. 1. officiorum, ibi: *Quæ enim natura occultauit, eadem omnes qui sana mente sunt, remouent ab oculis: ipsique necessitate dant operam, vt quàm occultissime pareant, quarumque partium vsus sunt necessarij, eas neque partes, neque earũ vsus suis nominibus appellant: quodque facere turpe nõ est modo occulte, id dicere obscœnum est: itaq; nec aperta actio rerum illarũ petulãtia vacat, nec rationis osbcœnitas.*

Num. 42. Lo mismo obseruan los animales.

No es marauilla pues los animales mas feroces, è indomitos con solo el instinto ocultan estos actos, Senec. Trag. 4. de Hip. act. 3. ibi: *Fera quoque ipsa veneris euitãt nefas.* Plin. naturali historia lib. 8. Eliano de histor. animalium, lib. 1. cap. 22. refieren de los elefantes, que jamas se juntã en parte, que puedã ser vistos de persona alguna. Pierius in Hiero. lib. 7. cap. de Ceruo afirma, que quando queria denotar vn

hombre corrido, y confuso, por auer cometido alguna torpeza, pintauan vn cieruo escondido en vna cueba, sin atreuerse a parecer donde fuesse visto de otros, Hieroglifico, que denotaua la clandestinidad destos actos, significados en la honestidad del cieruo, Aristotel. lib. 6. de hist. anim. cap. 29. & sup. num. 1.

Num. 43.
Y a estos testigos no se les deue dar credito.

Y assi todos estos testigos que deponen de actos presenciales, tan obscenos, libidinosos, y repugnantes a la grandeza del Conde, su vrbanidad, modestia y recato; y que querria mas preciarse desta como tan prudente y cuerdo, que confessar con los testigos lo que es ageno de hombres racionales, y aun de animales siluestres; no hazen fè, ni prueban, como quien depone de cosa inverisimil, è impossible, Iacob. de Sancto Georgio in l. ob carmen, §. fin. num. 1. cum duob. sequentib. & num. 7. ff. de testib. Bossius in tit. de opposit. contra testes, num. 94. Farinac. de testib. quæst. 65. num. 144. cum alijs.

Num. 44.
Desto se sacan dos conclusiones.

Y quando esta prouança no padeciera tantos achaques, enfermedades, è indisposiciones, y fuera cierta y verdadera, desta multiplicidad de actos venereos saco dos conclusiones en fauor de la Marquesa, y en verificacion desta prueua.

Num. 45.
La primera, que es cõpatible el impedimẽto con la multiplicidad de los actos.

La primera, que es compatible el impedimento con los mismos actos: porque ellos no son con donzellas, y que puede padecer el Conde este impedimento, y auer tenido las ocasiones que refiere en su pedimiento, articula, y se esfuerça a verificar; y se prueua ad hominem, y con vn exemplo del Rey don Henrique el Quarto, que comunmente llamã el impotente; y por esto se descasò de la Princesa doña Blanca, hija del Rey don Iuan el Segundo de Nauarra y Aragon. Refiere el Padre Mariana de su vida licenciosa en la historia de España, lib. 22. cap. 15. fol. mihi 340. este breue encomio por estas palabras. *Beuia agua, comia mucho, sus costumbres eran dissolutas, y la vida estragada en todas maneras de torpeza y deshonestidad. Por esta causa se le enflaqueciò el cuerpo, y fue sugeto a enfermedades, muy inconstante y vario en lo que intentaua. Llamaronle vulgarmente el liberal, y el im-*

impotente, el vn sobrenombre le vino por la falta q̃ tenia natural, el otro nacio de la estrema prodigalidad que vsaua. Illescas en la histor. Pontifical sub Sixto. IV. cap. 19. de los Reyes de Castilla, fol. mihi 190.

Num. 46. La segunda q̃ desto puede proceder el impedimento.

La segunda, que quando naturalmente el Conde no padeciera este impedimento, la execucion frequente destos actos se le pudieron causar como tambien al Rey don Enrique el IIII. segun se refiere en su historia manuscripta, y es, razon natural, porq̃ como la facultad para estos actos pẽda, y mane de la buena, o mala disposiciõ del celebro, coraçõ y demas partes naturales corporeas: y estas se debiliten con la superabundancia destos actos, vienen a quedar relaxadas las partes, tan lesas, debilitadas, y postradas, que resulta desto el impedimento pepetuo, è incurable, vt medici affirmãt teste Tiraquel. in l. connubialibus, l. 15. glos. 1. part. 15. à nu. 37. cum pluribus alijs, & concludit, n. 92. his verbis. *Sed vt ad id, quod dixeramus, reuertamur, nullus adeò potens est ad concubitũ, etiamsi is sit aut Proculus ille, aut etiam ille Catalanus, aut Hercules, quin aliquando destituatur viribus cupidineis, etiam maxima incupiditate: ita vt nulla arte id opus exercere posit. Quod si 2 i aliquando contigisse queritur* Ouid. lib. 3. Amor. Eleg. 7. Estas valẽtias, estos esfuerços de la mesma flaqueza originados, indubitables, testigos son della.

Num. 47. Valese el Cõde de medicos por testigos, y es sospechosa esta prouãça por apartarse del camino ordinario.

Lo otro tampoco le sufraga al Conde la artificiosa, y afectada prouança de los medicos por muchas causas, y razones peremptorias. La primera, porque en orden acautelarse la Marquesa destas diligencias del Conde recusò dodos los medicos exceptuando algunos, para que si el Cõde queria pedir otra inspeccion se hiziera con los exceptuados, que eran los Doctores Nuñez, Zeledon, y Morales, consta por su pedimiento, fol. 128. porque el camino ordinario destas prueuas, son dichas inspecciones juridicas sin sospecha, ni preuencion, y auerse el Conde apartado desto, denota, que es cierto lo que està prouado, y haze sospechoso su camino, l. qui Fiscalis, C. de nauicularijs, lib. 11. ibi: *Si recte nauigatione contempta litora deuia sectatus*, l. 3. C. de nautico fœnore, ibi: *Nec loco quidem nauigij seruato*, y pudiendo presentarlos

por

por juezes, examinarlos por testigos, huyendo la cara a la inspeccion judicial, da euidente muestra del temor con que estaua, y la poca esperança que le daua su pretension, Iacob. Menoch. de præsumptionibus, lib. 2. præsumpt. 91. num. 11. ibi: *Huc etiam pertinet quod responderunt Curtius Iunior*, in cons. 64. col. 3. & Crauet. in cons. 178. nu. 5. *cum dixerũt, præsumi illũ malã causam fouere, qui vult testibus prouare quod instrumentis probare potest.* Et simile respõdit Aretinus in cons. 63. col. 6. versic. præterea, cum in matrimonio, & in cons. 82. col. 3. versic. nisi forte obstaret.

Num. 48. Y no se puede admitir por testigos teniendo vezes de juezes.

Y concurre con lo dicho, que no puedẽ deponer judicialmente como testigos, sino es nombrados por el juez, y examinados por el. Paccian. de probationis lib. 1. cap. 47. n. 157. ibi: *Isti autem periti non sunt conducendi ad iudicium per viã testimonij, prout in alijs testibus euenit, quemadmodum supra duobus locis admonui, sed opus est, vt facta electione iudex ipsis imponat relationem, eosque examinat in actis, quorum relatio nihil operabitur, nisi contineat causam scientiæ*, vt ait Felin. in d. cap. significasti, num. 3. in. 1. conclus. extra de homic. & in d. cap. propusuisti, num. 6. in. 1. cõclus. versic. & sis cautus, extra de probat. & ibi Aretin. num. 15. versic. aduerte etiam ad præmissa, col. 4.

Num. 49. Fueron llamados, y preuenidos por el Conde.

La segunda, porque los medicos fueron llamados por el Conde, preuenidos, y pagados, como lo insinuan, y muestran en sus dichos, y deposiciones, en especial el Doctor Francisco Iuan Rey en la 2. pregunta, fol. 391. *que el testigo fue llamado del Cõde de Fuensalida, y le mostrò, y leyò vna relacion firmada de siete, o ocho medicos, y cirujanos, de los quales auia algunos del Rey, y le dixo el testigo, q̃ si le parecia biẽ, la firmaße.* Y todos los demas medicos cõcuerdan cò esto. Y se dexa entender del caso, pues dizen, que le vieron ensu casa cada vno de por si, y enla cama, y desnudo para hazer la experiencia que suponen, hizieron. Y asi estos testigos por esta parte no hazen fee, como preuenidos, hablados, e industriados del Conde Felin. in cap. præterea, num. 11. de testibus cogendis, Mascard. de probationib. lib. 3. conclus. 1358. nu. 3. Farinac. de testib. quæst. 67. num. 283. cum alijs.

La

La tercera, porque demas que no consta por otro camino, que los medicos viessen al Conde, y hiziessen las experiencias que refieren por sus mismos dichos, y deposiciones singulares, pudo el Conde estar preuenido con algunos medicamentos para ostentar vigor donde no le auia, que aunque este falte en la mayor ocasion, y efectiua, por poco tiēpo puede engañar, y ay medicamentos en la medicina que suplen por breue tiempo este defecto, aunque no vigoroso, y firme: algunos medicos lo dizen en la segunda pregunta, & testatur Ioann. Hucherius de sterilitate vtriusque sexus, lib. 1. per totum.

Num. 50. Pudo aprouecharse de medicamentos que la medicina conocio para estos casos.

Lo septimo, porque la prouança de la Marquesa, es concluyente, considerando la cohabitacion de tantos años, que las comadres dizen que està donzella, no lo niega el Cōde; los Medicos asisten a esto con particular cuydado; son de los mas doctos y graues, y aunque son doze los del Conde, entre ellos ay algunos que no son conocidos; y aunque los vnos y los otros seran hombres doctos, la calidad de los de la Marquesa es grāde, por ser Medicos de Camara de la Reyna nuestra señora, y otros de la familia del Rey nuestro señor, y que estan muy opinados, muy antiguos en el arte, y a quien el Derecho da mas fee, y credito, y à quien se deue estar, Pacian. de probation. lib. 1. c. 47. n. 163. ibi: *Item magis periti præsumuntur, vel quæ seniores sunt in illa arte, vel qui maiora stipendia à publico recipiunt*, l. 2. C. de offic. Magistr. offi. & ita notat Alciat. in d. l. 1. §. fin. n. 48. vers. sed consequēter quæritur, ff. de verbor. oblig. *Ex quibus pro declaratione huius quæstionis infertur ad sex casus. Primus est quando periti, & imperiti discordant, & tunc peritorum sententia sequenda est*, vt notat Specul. in §. fin. n. 27. vers. quia magis credendū est, de probat. & Bald. in d. 1. cōstit. ff. n. 8. col. 3. & Galliaula in d. l. 1. § fin. n. 4. ff. de verbor. obligation. & ibi Roman. n. 9. vers. illud autem certum est col. 3. & Aret. sub n. 40. vers. vbi autem pauciores, col. 2. *Nec in isto casu distinguitur, an sint pares numero qui discordant: nam licèt etiam imperiti essent numero maiores, nihilominus esset magis credendum peritis paucioribus secundum Speculatorem proxime citatum, quē ad*

Num. 51. Hase de estar a la inspeccion judicial de los Medicos.

ad hoc ponderat, Alciat. in d. l. 1. §. fin. n. 48. ff. de verbor. obligat. & ibi Aretin. sub n. 40. vers. vbi autem pauciores, col. 2. & Galliaula n. 4. vers. vbi autem essent plures imperiti, col. 2. & Roman. sub n. 9. col. 3. & Felin in d. cap. proposuisti in fine de probationib. idem tenet Sanchez de matrimo. lib. 7. disputat. 113. n. 19. Y demas de la pericia de los Medicos de la Marquesa, que es grande, y conocida, prouada, y q̃ notoriamente consta, padecen los Medicos del Conde las excepciones referidas.

Prouança de la Marquesa por presunciones.

Num. 52. Deseò el Conde este casamiento, y lo q̃ ofreciò para cõseguirle

LA Primera, que el Conde deseò sumamente casarse con la Marquesa, hizo grãdes diligencias, y ofrecio, y diò al Marques don Alonso su padre veinte y quatro mil ducados en plata doble, que muerto el Marques, que fue dentro de breue tiempo, los recuperò el Conde con obligacion siempre de restituirlos, como se prouarà en el tercer articulo. Y no es verisimil, que quien diò tanto, y hizo tanto esfuerço en la consecucion deste caso, lo quisiesse malbaratar, ni dexar de executar deseos tan anticipados a no embaraçarlo su impedimento natural, y perpetuo, Anchart. in c. 1. in fine de cleric. non residentibus. Redoanus in tract. de simonia part. 3. c. 10. n. 27. Menoch. de præsump præsumptione 35. n. 7.

Num. 53. Libraua el Cõde acrecentamientos de su casa en este casamiento, y es natural el deseo de la sucesion.

La segunda, que en el casamiento, y sucesion de la Marquesa libraua el Conde los aumentos de su Casa: porque si bien la del Conde es de las mas lustrosas, y calificadas de España, cuyos ecos resuenan en los valles de Ayala, Prouincia de Guipuzcoa, con todo la antiguedad de la casa de Moguer compite con el principio de la nobleza, y se tomarà a braço partido con su eternidad: luces claras son, y visos desta verdad, considerar que don Iuan Pacheco Maestre de Santiago, gran priuado de Henrique IV. en cuya mano estuuo el arbitrio de reynar, no hallò en su tiempo cosa que llenasse el vacio de su grandeza, como el casamiento que hizo con la señora de Moguer, de quien deciende la Marquesa, y las Casas mas honorificas de España: pretendia el Conde por este casamiento ser grande de Castilla a que la Marquesa tiene gran

grān derecho reconocido por ſuMageſtad,y radicado en todos los que bien ſienten: las rentas, ſino paſſan llegan a veinte y quatro mil ducados cada año, las del Conde mas de cincuenta mil, ſu edad algo mas de cincuenta años: el deſeo de tener ſuceſsion es natural en todos, porque con eſto ſe perpetua el ſer: coſa a que el menos ambicioſo aſpirò, Ioſeph. de ruſtic.in l.cum auus, de cōdition. & demonſtr. in procem. c.1. per totum, præcip. n.1. ibi: *Summis itaque viribus, Themiſtio authore lib. 2. de anima, c. 14. natura nititur, vt ſe ad effigiē quandam, imaginemque immortalitatis, & diuinitatis componat, atque in hanc curam, & quantū poteſt, & qua ratione poteſt, ſemper incumbit: valet autem vno tantùm genere, quod in propagatione ſubrogationeque ſobolis continetur: vt quādo nullum caducum, & diſsipabile, idē numero ſubſiſtere obmanereq; ſemper poteſt, ortu vicario mortalitati ſuccurrat, nec quicquā ipſum perpetuò ſtat, ſed viuit æuumque protendit in ſimili, nec idem numero cernitur, ſed ſpecie, tanquam ſub centuriante reficienteque aliud ex alio ſemper natura naſcentiūque ſorte obitorum ſedes explente; viuis omnibus iſtud maximè conueniens naturaleque eſt, nihil enim natura æque inſitum habetur, quā aliud quale eſt parere, vt animans animantē procreet, procreādo perennet, perennando diuinæ naturæ particeps fiat: cuius deſiderio tenentur omnia quantumcuique eſt ſatis, hoc bruta ſtudio anguntur, labores, & pericula ſubeūt, ſobolisq; amore quaſi inſaniunt, dum procreationi incumbunt, cuſtodiæ ac defenſioni inuigilant, educationi inſudant,* l.1. de iuſtit. & iur. ante fin. quod nobis Cicero lib. 2. de natur. Deorum clariùs oſtendit. Y en prueua deſta verdad, y deſte apetito a que todos los hōbres anelan, y que ſe eſtiende a los animales, refiere muchas coſas con que lo exorna, pule, y realça.

Num. 54.
Nō es veriſimil que el Conde auentura ra tanto, ſino padeciera eſte impedimento.

Todos eſtos bienes, y la suceſsion de ambas Caſas ſe aſſeguranan con la efectiua cohabitacion; no ſe puede creer, ni es veriſimil, que ninguna conſideracion humana dilataſſe, y difirieſſe ſu execucion, ni que aya auido otro color que el impedimento que eſtà verificado, y prouado, ni que quiſieſſe auenturarlo, y perderlo todo, argum. text. in l. cum de indebito in princ. ff. de probat. Menoch. de præſumpt. lib. 6. præſumpt. 27. n. 9.

La

Num. 55.
Amenazò a la Marquesa si ponia este pleito, y ofrecio mil ducados si la dissuadian.

La tercera, porque el Conde reconociendo este impedimento, y que era preciso, que a la Marquesa le escaruasse, y latiesse la conciencia, para no auenturarla, ni la sucession de su Casa, le dezia, que no intentasse este pleyto, amenazandola de que si lo hazia, la auia de seguir, y deslustrarla de suerte, q̃ tuuiesse por bien de dexar el pleyto: que mas sano y mejor camino seria meterse en vn Conuento, que haziendolo, haria todos los partidos que la Marquesa gustasse: en orden a lo qual ofrecio a doña Maria de Mõtoya mil ducados, si persuadia esto a la Marquesa, como ella lo dize, y doña Angela de Castañeda a la 5. pregunta fol. 248. doña Madalena Moriano fol. 300. Doña Maria Aluarez de Molina fol. 304. b. Doña Maria Moreno fol. 306. y otros. Estas preuenciones à parte antè, confessiones son deste impedimento, glos. in l. si quis sub conditione, verb. sub conditione, ff. de condit. institu. Camill, Borrell. cons. 23. nu. 42. & 43.

Num. 56.
Es fama constante q̃ el Conde padece este impedimento.

La quarta la publica voz, y fama que en el lugar ay deste impedimento: y aunque por si la fama no sea de los indicios y presunciones concluyentes para prouar este impedimento, sino es que interuenga confession de ambos consortes, corroborada con juramento, y que aqui el Conde niega con juramento su impotencia, en vez deste requisito sucede la confession de la Marquesa, la declaraciõ delas comadres, la inspecciõ de los medicos, la cohabitacion de mas de quatro años y medio, y la fama, y publicidad, que ay desto segun refierẽ los testigos, viene a resultar vna prouãça perfecta, y adequada al caso, como lo dizẽ muchos testigos de la Marquesa en la 6. pregunta, vt cum Innocen. & alijs tenet Sãch. de matrim. lib. 7. disput. 108. à n. 10.

Num. 57.
Destas presuncio-nes se constituye, y forma vna perfecta prouança.

Estas presunciones son ciertas, y euidentes, y ellas junto con el hecho forman vna perfecta prouança, y conclusion euidente deste impedimento, quando cada vna fuera de por si imperfecta, quanto mas que no lo es: y como de muchas partes coherentes entre si resulta la composicion total, è integral de vn cuerpo; y de muchas consonancias vna consonante armonia: assi destas partes de prouança, vna cõpleta, y absoluta: Nam vt ait Bald. in c. cum causam in princip.

ante

ante n.1.de probation. *Ex multis imperfectis fit vna probatio perfecta, sicut ex multis membris inuicem cohærentibus fit perfectum corpus, & ex multis consonantijs fit perfecta harmonia:* sequitur plures referens Molin.lib.2.c.6. n.35.c. præterea 27.de testib.vbi Abb.1.notab.Aretin.in c.veniens,1.nu.25.ad finem,& ibi Felin.n.13.eod.tit.idē Aretin.cons.13.n.9.Dec.cons.577.n.12.Anton.Gabriel lib.1.communiū,tit.de probationib.conclus.1.n.32.& alios referens Barbosa in l.2.ff.solut.matrim.

Num.58. Y de todo se ha de valer el señor juez para sentenciar, y informar su animo.

Y en semejantes materias con prudente discurso se deuen ponderar todas las razones, y generos de prouanças, sin restringirse a vno solo, y a vna especie determinada, vt in causa matrimoniali dixit Franciscus de Rabenna cōs. 64.inter cons.matrim.Ziliti lib.1.n.10.ibi: *Aduertas dominus iudicans, quòd in materia probationum iudex non debet applicare animum suum ad vnam speciem probationis*, l.1.§.idem Diuus,ff.de testib. vt pulchre declarat Bald.in l. spadonem, §. qui pulchra,ff.de excusatio.tuto. *Habet enim in probationibus locum illud, quæ non prosunt singula, multa iuuant*, vt not. in l.2.in princip.ff.de excusatio.tuto.in cap.cum causam de probat.& in c.accedens el 2.vt lit.non contest. & in c. cum dilectus de succesion. ab intestat.&c. Et paulò inferius, nu.12.ibi: *Et ideo dixit Ioan.de Imol.in c.ex ore, de his quæ fiunt à maior. par. cap. quod qui habet plures rationes, illas adducat, quia quæ non prosunt singula, multa iuuant*, vt est text.etiam in materia,& ibi Abb.in c.præterea de testib. *Et ideo si multa deducerentur coram se, quæ per se considerata non probarēt, debet illa simul iungere, quæ simul iuncta poterunt plenam probationem facere, & sic ferre sententiam. Ex multis enim deductis coram se potest animi sui motum informare*, vt dicit text. in c.cum ad sedem in fine, de restitut.spoliator.

Prouança que se verifica de la cohabitacion.

Num.59. Quatro años y siete meses cohabitò la Marquesa. En el primer tiempo vn año y diez y nueue meses.

LO primero tiene prouado, y verificado la Marquesa con grande numero de testigos, en la 2. pregunta, que desde Iunio de 622.hasta fin de Enero de 24.que son diez y nueue meses, cohabitaron juntos, teniēdo las camas en vna pieça,

 y que

y que de la vna a la otra no auia distancia de tres pies, y este tiempo fue antes que se intentasse el pleyto de nulidad de matrimonio por defeto de consentimiento.

Num. 60.
En el segundo tiempo tres años y dos meses.

Lo segundo, q̃ desde fin de Enero de 25. hasta primero de Abril del año passado de 28. boluio a cõtinuar la cohabitacion, q̃ son tres años y dos meses en la misma forma antecedente: prueualo la Marquesa con muchos testigos, en la 4. pregũta, con actos indiuiduales, y especificos desta cohabitacion, que tambien està munida, y afiançada con algunos testigos y criados del Conde, que en el pleyto de nulidad por defeto de consentimiento depusieron a instancia del Fiscal, en prueua del gusto q̃ la Marquesa y Cõde tenian, y de como los vierõ juntos en vna cama, como cõsta del pleito f. 161.

Num. 61.
Y la cohabitaciõ trienal es prouança concluyente, y no era necessario inspeccion de parte del Conde.

Lo tercero, porque auiẽdo precedido la cohabitacion de tantos años es prouança legal, y tal, que no necessitaua de inspeccion de los Medicos, porque constando como consta, que la Marquesa està donzella, que las comadres lo afirmã, y q̃ el Conde lo confiessa, y que hã passado mas de tres años de cohabitacion, aunq̃ el Conde alega, que no ha cohabitado, presume el Derecho que es por defeto de impotencia natural, y perpetua: y esto aunque dixera el Conde que procedia el impedimento de maleficio, porque como este tambiẽ puede ser perpetuo, vt infrà nu. 69. dicemus, para la experiẽcia desta perpetuydad constituyò la Iglesia por termino fixo la cohabitacion trienal en orden a saber si esta impotencia era, o no perpetua, no constando per inspectionẽ ipsam, quia en este caso, vt infrà dicemus n. 71. no necessita de ninguna otra experiencia, ni es menester tiempo para ello, como todo este discurso se colige y prueua del capit. 1. cap. laudabilem, de frigid. & maleficiat. donde aunque la cohabitacion fue de ocho años, se decidio, que solos los tres bastauan, Pater Thom. Sanch. de matrim. lib. 7. disput. 94. nu. 12. Basil. Legionens. de matrim. lib. 7. c. 66. per totum, præcipuè n. 5. ibi: *Sed addendum in primis post trienny probationem nõ requiri, neque esse necessariam inspectionem, nullum enim viduis super esset remedium.* Rebellus de obligation. iustitiæ, lib. 3. 2. p. q. 16. sect. 1. n. 6. fol. mihi 352. ibi: *Quòd si dubitent, conceditur eis,*

is, vt bona fide maritalique animo dent operam, vt consument er triennium, ex c. laudabilē citato: *Quod si toto eo tēpore nequeant consummare, experiri iam vlteriùs non possunt, sed impedimentum perpetuum esse iudicatur, ac proinde statim separari debent ob periculum incontinentiæ.* Aegidius de Sacramentis disput. 31. dubitat. 7. fol. mihi 813. n. 83. ibi: *Quòd si post contractum matrimonium dubiū sit, an impotentia sit perpetua, an temporalis, datur illis triennium, vt experiantur, an possint matrimonium consummare*, c. laudabilem de frigidis: *Quo tempore licita sunt ijs, quæ alijs coniugibus, tenenturque dare operam, etiam adhibendo medicamenta, quantum sine grauis mali periculo possunt, vt potentes fiant: quia cum mutuò obligentur ad vsum matrimonij, tenentur etiam ad ea, quæ ad hunc necessaria sunt. Absoluto verò triennio si consummare nō potuerint, thoro separādi sunt, aut etiam habitatione, si periculum incontinentiæ, aut alteruter id petat.* Patet c. laudabilem, de frigid. Diga el Conde, que no ha cohabitado, que demas de las presumpciones, y prouança tiene contra si el trienio: este se dà y concede en orden a esta experiencia: el Derecho supone, que està hecha con tan larga cohabitacion: luego el trienio es prueua, quando no estuuiera adminiculado, y munido con tantos fundamentos.

Num. 62. Dize el Cōde que ha sido el trienio descontinuo.

Replica el Conde a lo dicho, que el trienio no ha sido continuo, porque tuuo vna enfermedad, y vna ausencia a Cadiz: que hecho el computo deuieron de ser dos meses los que pudieron consumir la enfermedad, y ausencia.

RESPONDETVR.

Num. 63. La continuacion no ha de ser matematicamente, y se puede suplir delos veinte y vn meses que ay demas de los tres años.

LO Primero, que para dos meses de interpolacion se dan de barato diez y nueue meses que la Marquesa cohabitò demas del trenio: y estos quando fueran necessarios se auiā de computar, Thom. Sanch. de matrim. disput. 111. Gutierr. de matrim. c. 111. nu. 8. ibi: *Tempus tamen quo coniux infirmitate, aut alijs negotijs detentus non cohabitauit copulæ vacans, supplendum est alio tempore cohabitationis, vt sic trieniū compleatur*, vt tenet Ioan. Andr. in d. c. fin. nu. 9. de frigid. & maleficiat. Mascard. cum alijs vbi supra num. 8.

Lo

Num. 64.
Y no importara q̄ huuieran faltado algunos dias.

Lo segūdo, que este trienio no importa sea interpolado, y su continuacion no ha de ser continua, real, y matematicamente, ni importa que ayan faltado algunos dias, Sanch. lib. 7. disput. 111. n. 2. 5. & 6. Gutierr. de matrim. c. 121. per totum præcipuè n. 7. ibi: *Nihilominus contraria sententia in specie nostra triennij experientia vera, communis, & tenenda est, nō requiri, scilicet id esse continuum*, & quod text. in d. c. fin. ibi: *Per continuum triennium intelligendus sit ciuili modo, nempe vt toto triennio vacauerint cōiuges copulæ debitis horis, & locis, non verò Mathematicè continuo, quia id esset moraliter impossibile, sæpe namque morbus intermitti tempus illud, & si aliud diceremus impediretur peregrinationes, aliaque negotia, quibus virum vacare societas, atque gubernatio domestica cogit*, & in terminis ita tenent Hostiens. & alij quàm plures authores, quos refert., & sequitur late id comprobans Thom. Sanch. de matrim. d. disput. 111. n. 2. & 3. Greg. Lopez. in l. 5. verb. *fasta este plaço*, tit. 8. p. 5. & Mascar. alios allegans de probationib. conclus. 889. n. 9. Ægidius d. disput. 31. n. 83. ibi. *Itaque continuari vt maxima saltem anni parte eodē thoro vtantur*. Rebellus de obligat. 2. part. quæst. 16. sectione 1. num. 6.

ARTICVLVS SECVNDVS.

Si ha cumplido la Marquesa con lo formal de los Canones, si cohabitò el trienio, o le ha de reiterar?

Num. 65.
Representa el Conde que el trienio ha de empeçar desde q̄ se le mādare por V. m. que cohabite.

PRetende el Conde en este articulo, que este trienio ha de empeçar, no desde el dia que se celebrò el matrimonio, sino desde el dia que el señor juez Eclesiastico dispusiere, y mandare, que bueluā a cohabitar, vt disponitur in Rota Roman. decis. 24. & decis. 111. & decis. 192. in 2. p. criminal. & decis. 695. tom. 2. par. 1. nouissimarum. Riccius in prax. decis. tit. de matrim. decis. 239. per totam, siguiendo en esto la autoridad de Hostiense in c. fin. de frigid. & maleficiat. y mouido por la autoridad de la Rota el Padre Fray Basilio de Leō de matrim. lib. 7. cap. 66. num. 12.

Res-

RESPONDETVR.

Para inteligencia de lo que se ha de disputar en este articulo, supongo.

Num. 66.
La prueua del impedimẽto puede ser euidente, verisimil, o dudosa.

Lo primero, porque las señales de impotencia tripliciter diuiduntur. La primera, que necessaria y euidentemente concluye. La segũda verisimil. La tercera dudosa. Y en la primera quando es euidente, no necessita de dilacion y mora, sino que al pũto se ha de deshazer el matrimonio. En la segunda que es verisimil, tampoco ha menester la cohabitacion trienal, si bien se requiere assercion jurada de las partes, confessando este impedimẽto, & septima manus propinquorum asserentium se credere eos verum fateri. En la tercera dudosa, aunque aya confession de marido y muger, es menester que preceda la cohabitacion trienial, y solo està la duda en si es menester que preceda inspeccion, y por el temor de la colusiõ que puede auer entre los dos, se haga esta inspeccion, vt cum multis tenet Sanch. de matrim. lib. 7. disputat. 107. per totam, præcipuè nu. 2. & disputatio. 108. cum sequent. Rota Roman. 695.

Num. 67.
Puede proceder de maleficio, y ser perpetua.

Lo segundo, que esta impotencia natural y perpetua puede proceder ex maleficio, y para su verificacion necessita de la experiencia trienal, y esta se conoce quando maleficiatus minimè potest vxorem propriam cognoscere, cùm ad alias accedere possit, vel quãdo quis coitum appetit, & virgã erigit, itaq; ad copulam aptus sit, & cùm ad vas fœmineum penetrandum appropinquat, relaxantur, ac concidunt subito organa, nec potest complere, atque iterum rigent, et si iterũ copulari nitatur, denuò laxantur, Sanchez de matrim. lib. 7. disputat. 94. per totam: y como para deshazer este maleficio necessite de otro maleficio, y no sea licito por ningun caso, ni por ninguna restauracion humana vsar del, Sanch. de matrimon. disputat. 95. d. lib. 7. Ioan. Hucherus de maleficis lib. 4. & vltim post tractat. de sterilitat. qui plura de maleficio fascinatione scitu dignissima congessit. Deste principio nace, que el matrimonio se ha de dar por nulo, Sanch. dict. locis suprà citatis.

Num.68.
Que impedimẽto padece el Conde.

Esto supuesto, resta saber el impedimento que padece el Conde, si prouiene de alguno destos principios: y quãdo ha de empeçar el trienio en qualquiera de los dos, y en que genero de impotencia estamos.

Num.69.
Quando el impedimento es concluyente, o verisimil como el que el Conde padece, no necessita de cohabitacion trienal.

Lo primero, segun la declaracion de los Medicos con las demas circunstancias referidas el impedimento del Conde procede de defecto natural, y este es, sino de la primera especie de la segunda que corren parejas, y no es menester cohabitacion trienal, vt cum multis tenet Farinac. in d. decis. 695. num. 3. y en este la Rota decidio que no necessitaua de cohabitacion trienal, ibi: *Hoc stante duæ oriuntur difficultates, prima est in abstracto, an impedimentum magnitudinis, & arctitudinis sit primæ speciei: secunda, an in casu de quo agitur dictum impedimentum sit iudicandum tertiæ speciei? Quãtum attinet ad primum, quod sit primæ speciei, scilicèt quod necessario, & euidenter concludat impedimentum, ita vt non sit necessarium iuramentum, nec cohabitatio triennalis voluerunt* Innocent. in cap. laudabilem in verb. iustum iudicium, de frigid. & maleficiat. Ioan. Andr. num. 9. Butr. nu. 13. & 14. Præposit. num. 6. super verb. iustum iudicium, & nu. vltim. cum alijs per Sanch. de matrim. d. disputat. 107. nu. 7. *Contrarium verò, scilicèt quod istud impedimentum sit secundæ speciei, ita vt exigat iuramentum, licet non cohabitationem triennalem voluerunt* Butrius in cap. fin. num. 8. de frigid. & maleficiat. Alexander de Neuo in cap. laudabilem, num. 16. & 17. eod. tit. *Et in hac sententia residit Sanchez loco proximè allegato. & ista posterior opinio fundatur optima ratione, quia oculus matronarum sæpè fallitur*, cap. ne aliqua 27. quæst. 1. *Et iudicium medicorum similiter sæpe est fallax, vt experientia demonstrat, & not. in cap. proposuisti, de probationib. Quare ista posterior opinio videtur magis tuta: nam cùm tractetur de re grauissima, & in qua de maximo animæ periculo agatur, nulla iudicis in veritate indaganda, ac probationibus exquirendis superfluitas potest reprehendi.* Ioannes Andreas in cap. fraternitatis, numer. 3. Butrius numer. 18. Ancharranus numer. 3. notabil. 3. Præposit. nume. 1. notabil. 1.

de

de frigid. & maleficiat. Alex. de Neuo in c. fin. nu. 15. eod. tit.

Lo segundo, porque quando fuera de la tercera especie, auiendo precedido la cohabitacion trienal, no necessita de otra experiencia, Monald. in summa tractat. de matrimon. tit. de imposibilitate matrimonij, gloss. in cap. siquis accesperit, verb. tempore 33. quæst. 1. l. 6. tit. 8. part. 4. & ibi Gregorius Lopez. Francisc. Marc. decisio. 677. à numer. 2. Sanchez de matrim. lib. 7. disputatio. 108. nu. 5. in medio.

Num. 70. Y quando fuera dudoso el impedimẽto, auiendo cohabitado tres años, no se ha de reiterar.

Lo tercero, que todas las vezes que es necessario la cohabitacion trienal ha de empeçar desde el dia que se hizo el desposorio y casamiento, porque la duda si el impedimento es perpetuo y natural, se prescribe, y prueua con esta experiencia: nam aliàs no obraria la determinacion del cap. laudabilẽ cosa alguna, y esta es la respuesta que se dà al cap. 1. y al final, y laudabilem deste titulo, que el primero procede quando las señales del impedimento eran visibles, y euidentes, & verisimiles: porque en qualquiera destos casos no es menester cohabitacion; empero quando las señales son dudosas, es precisa la cohabitacion trienal, y esta duda se deshaze con ella, y resulta ser verisimil la impotẽcia, pues tanto tiempo de cohabitacion sin consumar matrimonio no es possible que proceda de otro principio que de impotencia, y esta natural, y perpetua, porque el termino trienal es para prescribir esta duda, q̃ en su principio podia nacer como el que començò a posseer vna cosa, que para la prescripciõ no ha menester que sea desde el dia de la contradicion, sino que si ha posseydo por el termino legal, podra oponer la prescripciõ como en este caso se puede aplicar, y filosofar el Cõ por el mutuo cõsentimiẽto fuit dominus corporis Marchionissæ, cohabitò desde el instãte q̃ se celebrò el desposorio, como lo cõfiessa en su segũda declaraciõ, si biẽ restringe q̃ solas tres, o quatro vezes estuuo en la cama con la Marquesa. Passòse el trienio, y veinte y vn meses: mas ponese el pleyto. Dize el Cõde, q̃ no padece este impedimẽto la Marquesa le opone de mas de lo prouado q̃ le obsta prescripciõ trienal, y q̃ no ha de cohabitar mas tiẽpo, pues sabia, y deuia saber

Num. 71. Y la cohabitacion ha de empeçar desde q̃ se celebrò el desposorio, y el trienio se cõcede para la experiẽcia, y passado, queda prescripto.

que

que la ley no le daua mas tiempo que este para la experiencia, y que la Marquesa quedasse libre para no boluer a poder cohabitar, pues qualquiera duda quedaua vencida con tanta experiencia, cuyo termino siendo legal, es superfluo, y aun temerario que el juez pretenda asignarle contra la mente del legislador: pues si su Santidad quisiera dar otra forma q̃ la q̃ expressò, y facultad al juez para q̃ señalara este trienio, lo dixera, y entonces dentro de quatro, o seis dias de desposados pusieran el pleyto, y el juez le señalara el trienio, con que quedàra resuelta la duda. Luego si en este caso el trienio asignado por el juez con la cōsideracion quimerica que sobre esto se haze era bastante, porque no la mesma que dà la ley? Y assi el trienio se ha de empeçar desde el dia que el Cōde le desposò, porque desde este dia deuio intentar la copula, & à communiter accidentibus probatur, Sanch. de matrim. lib. 7. disputat. 110. per totam, præcipuè num. 4. donde despues de auer puesto ambas opiniones, resuelue en nuestro fauor his verbis: *Prima tamen conclusio sit in impedimento frigiditatis triennium computatur à die copulæ intentatæ, nec oportet id triennium assignari à iudice, nec prius pœnitentiam peragi. Probatur apertè ex cap. laudabilem, de frigid. vbi Pontifex respōdens quæstioni sibi propositæ circa tempus indulgendum ad experiendam copulam naturaliter frigidis, expressè decidit à tempore celebrati coniugij (supple & copulæ intentatæ, vt probaui num. 1.) triennium numerandum. At si à tempore per iudicem destinato numeraretur, falsa esset decisio: nam priusquam quæstio de impotentia coram iudice agitetur, vt tēpus per ipsum destinetur, tempus aliquod transactum est, & sæpe longum.* Pater Gaspar Hurtado de matrim. disputat. 22. difficultat. 11. num. 41. ibi: *Triennium autem hoc cohabitationis in thoro ad faciendam dictam experientiam taxatum ab Ecclesia non est computandum à tempore ante conatum ad copulam, in quo Doctores conueniunt; quia ante eum nequit inchoari experientia, sed à die conatus, & non à tempore præfixo à iudice post pœnitentiam actam à coniugibus, vt nonnulli Iurisperiti immeritò dixere, quia in cap. laudabilem expres-*

presse dicitur computandum esse à die celebrationis coniugij, id est à die intentatæ copulæ: quia eo die intentari solet, & ab eodē die computandum est.

Lo quarto, porque quando este impedimento se pudiera entender, que procedia de maleficio, y si era, o no perpetuo, adhuc en este caso la duda que en el principio deste matrimonio se pudo mouer, si el Conde tenia, o no este impedimento, y si era perpetuo, o temporal, quedò vencido con la cohabitacion, porque para este efecto vino el cap. laudabilem, vt tenet Barbos. in collectan. decretal. lib. 4. to. 2. super c. literæ 7. & fin. nu. 8. ibi *Infra prædictos octo annos &c. Notatur, ad hoc quòd quando constare nō potest perpetuumnè sit, an temporale maleficium, præsumitur perpetuum, ac dissoluetur coniugium quando triennio coniuges dedere operam carnali copulæ, nec perficere potuerunt.* vt per Sanch. d. lib. 7. disput. 94. nu. 12. & nos supra nu. 69. & Gutierr. de matrim. cap. 121. nu. 3. vers. secunda conclusio.

Num. 72. Y lo mismo si se dudara, que procedia, o no de maleficio.

Y solo en este caso la comun de los Doctores que dizen, que el trienio se ha de computar à die intentatæ copulæ, seu coniugij, vienen algunos en que la doctrina contraria se verifique, o pueda en caso que conste, que el impedimento proceda, no de natural debilidad, y frialdad, y de otros accidentes naturales, sino de maleficio, Anton. Genuens. in praxi Archiepiscop. c. 85. n. 2. ibi: *Aliqui declarant opinionem Ostiens. vt procedat in casu maleficij, non in casu frigiditatis, vel defectus naturæ, qui prouenit sine peccato, sicut maleficiū solet prouenire occasione peccati, quo casu debet imponi priùs pœnitētia secundum Ostiens. sed quando est naturæ defectus, sufficit habitatio per triennium absque pœnitentia,* vt probatur in d. c. laudabilem, *in quo agitur de frigiditate, & nulla imponitur pœnitentia, sed maleficium solet pœnitentia resolui, non sic vitium naturale,* vt dicunt ex Cardin. d. c. fin. n. 2. *Addentes ad decisionem Rotæ 27. impressam post consilia Farinacij, qui tenet opinionem Innocentij.*

Num. 73. En maleficio juzgaron algunos, que el trienio auia de empeçar desde q̄ se ordenaua por el señor juez.

Y aun esta limitacion es cōtraria a la comū opinion, porque el trienio se ha de computar, y computa desde el dia intentatæ copulæ, Gutierr. de matrim. d. c. 121. n. 3. ibi: *Nihilominus*

Num. 74. Y es contra la comū opinion.

minus tamen Sanch. vbi supra, nu. 4. cum seqq. duabus conclusionibus dubium hoc resoluit: prima est: In impedimento frigiditatis triennium computatur à die copulæ intẽtatæ, nec oportet hoc triennium assignari à iudice, nec prius pœnitẽtiam peragi, vt constat ex d. cap. laudabilem, & prædiximus supra: idemque est dicendum vndecumque hoc impedimentum impotentiæ consurgat. Secunda conclusio est huiusmodi: Idem est in maleficij impedimento, vt in cap. fin. de frigid. & maleficiat. Ita tenent glos. in summa verb. quod autem in fine, 33. q. 1. Innocent. in d. c. fin. in fin. & ibi Abb. antiquus in fine, & alter Abb. num. vlt. Cardin. in fin. Greg. Lop. in l. 5. verb. *dar plaço*, tit. 8. p. 4. decis. Capel. Tolosan. 381. nu. 6. Matienço in rubr. glos. 1. nu. 203. tit. 1. lib. 5. nou. collect. Reg. & alij quos refert & sequitur Thom. Sanch. vbi sup. n. 5. *& hæ duæ conclusiones sunt veræ & tenendæ*. Idem tenent Bonacin. de matrim. q. 3. punct. 13. 3. proposit. tom. 1. n. 21. ibi: *Rogabis, quandonam incipiat triennium, quo permittuntur coniuges simul habitare, vt experiantur, an possint cõsummare, quando dubitatur de impotentia perpetua? Respondeo, incipere à die copulæ attentatæ, quando impotentia prouenit ex frigiditate, vel maleficio.* Aegid. de Sacramentis disput. 31. dubit. 7. nu. 83. ibi: *Debet hoc autem triennium cõputari à tempore, quo primùm tentarunt consummare*. Reginald. in praxi pœnitentiali, lib. 31. c. 15. nu. 116. & 117. cum seqq.

Num. 75. Respõdese a la decis. 24. de Farin. que no auian cohabitado el trienio, y que no constaua del impedimẽto.

Conforme a lo qual no obstan las decisiones Rotales. No la 24. de Farinacio, porque esta procede quando el impedimento estaua en duda, si era, o no natural, o de maleficio, y no auian cohabitado el trienio, y la declaraciõ de los Medicos era dudosa, n. 3. ibi: *Cùm fieri possit, vt tale impedimẽtum non sit naturale, sed temporale, proueniens ex aliquo maleficio, & sperari possit, quòd actâ pœnitentia misertus Deus coniugũ tale impedimentum sit sublaturus. Quod autem impedimentũ non sit visibile, constat ex relatione medicorum, vnde hoc casu statuendus erat terminus ab Ecclesia præfinitus.* Y esta decision no conuiene con nuestro caso, pues los medicos declaran, que el impedimento es natural, y han cohabitado el trienio.

Me-

Menos obsta la decision, num. 111. porque en esta no auia tampoco passado el trienio, y el marido con juramento afirmaua, que auia tenido copula, y en este caso se le da credito, n. 2. ibi: *Præterea quamuis maritus non possit cognoscere mulierem, non propterea statim dissoluitur matrimoniũ, sed debẽt coniuges cohabitare per triẽnium, & interim dare operam, & experiri, An impedimentum sit perpetuum? iuxta cap. laudabilem de frigid. & maleficiat. & sæpius fuit resolutum in Rota, & maxime coram R. P. D. meo Blanchetto in Bononien. separationis. Hoc ampliùs in casu proposito ipse Adrianus asserit, se Flauiam vxorem suam carnaliter cognouisse, cuius assertioni credendum est, quamuis ipsa contradicat*, ca. continebatur de despõs. impub. c. siquis acceperit, 33. quæst. 1. Demas que en esta decision no se decidio el punto, desde quãdo auia de empeçar la cohabitacion, y della mesma se colige quãta dissimilitud tiene con nuestro caso, pues en el la decisiõ no auia passado el trienio, y en el nuestro si, y mucho mas tiempo: y en aquel confessaua el marido, que auia tenido copula, aqui lo niega el Conde, y esta prouada la cohabitacion.

Num. 76. Ni la decisiõ 111. porque no auian cohabitado el trienio, y el marido afirmaua, que auia tenido copula.

Tampoco obsta la decision 192. todas en la 2. parte de Farinacio, que llaman criminales, si bien en esta parece huuo cohabitaciõ de seis años: y en el n. 4. y 6. se tocò la questiõ, si el trienio auia de empeçar, à die quo iudex in triennalem cohabitationem coniugibus indixit: y aunque se abraçò la opinion no se decidio: y esto fue cõ pretexto de que los Medicos no afirmauan, ni constaua, que la impotẽcia fuesse natural, y estaua en duda de si era de maleficio: el afirmaua, q̃ la auia conocido; la presuncion, estaua contra ella por la taciturnidad de tanto tiempo, y por todas estas razones motiuaron su juyzio, n. 6. ibi: *In hac facti specie hanc tertiam opinionem tanquan tutiorem amplexa fuit Rota. Primò, quia impotentia naturalis mariti, quam opponebat vxor, nedum non erat explorata, sed potius ex relationibus peritorum aderat præsumptio in cõtrarium. Secundò, quia assertioni mariti pro matrimonio asserẽtis, se pluries, ac pluries Camillam cognouisse, potius standum erat, quàm assertioni Camillæ tendenti ad Matrimonij inualiditatem*, cap. si quis accepit, 33. quæst. 1.

Num. 77. Ni la decisiõ. 192. no auian cohabitado el trienio, ni constaua si era natural, o artificial el impedimento, y no se decidio el punto.

cap.

cap. continebatur, & c. duò pueri, de deposat. impub. *Tertiò quia cum non esset verisimile, quòd Camilla tanto tempore tacuisset, nec conquesta fuisset de impotentia mariti*, d.c. si quis accepit, 33.q.1. Hostien. in d.c. fin. n. 10. de frigid. & malefic. *præsumptio erat contra ipsam, quòd nō propter impotentiā, sed propter aliam causam iudiciū separationis matrimonij mouerit contra maritum, & ideò non erat pro dissolutione matrimonij pronunciandum. Quartò quia dato, quòd adesset impotētia coeundi, cum nondum esset exploratum, An prouenerit ex causa naturali frigiditatis, vel ex accidentali, videlicet ex maleficio, licèt in frigido non semper expectetur triēnium, in maleficiato tamen semper expectatur*, Hostien. in d.c. laudabilē, de frigid. & malefic. n. 1. vbi Ioan. Andr. n. 8. Abb. n. 2. Alex. de Neuo, n. 3. Præpos. n. 4. ver. secus in maleficiato, Anton. de Butr. n. 15. vers. quod autem in maleficiato.

Num. 78. Y sin embargo se decidio, que se hiziesse segunda inspeccion.

Y sin embargo de todas estas razones, y fundamentos, no lo resoluio la Rota, y mandò, que se boluiesse a hazer otra inspeccion para vèr si auia alguna señal de impotencia, n. 8. in fine ibi: *Quibus omnibus consideratis placuit Dominis in hac facti specie hac tertia sententia, quòd maritus adhibitis alijs peritis denuò inspiceretur, vt videretur, An adesset aliquod impotentia signum, & ex qua causa proueniret, vt sine vllo errore sententia proferretur*. Y en nuestro caso no ay ninguna de las dudas referidas, mas antes vna circūstancia singular, que nos saca della, porque ay segunda inspeccion, que es lo que se decidiò en la Rota: y esta declara el impedimento del Conde: porque si la primera fue informe, y estando a esta sola, pudiera en la sentencia dudarse, y obligarà a la segunda inspeccion, como se determinò en la Rota, hecha ya quando llega a sentenciarse, queda todo vencido. Y à contrario sensu fauorece la decision la pretension de la Marquesa, pues si alli huuiera vna inspeccion como esta, o por la que se mandò hazer, constarà de lo mesmo que por la del pleyto presente, la Rota determinarà, que sin señalar mas tiempo se hiziera el diuorcio, y separaciō cōjugal, ita insinuat Rota, & debet in casu nostro ita practicari.

Num. 79. Menos obsta la decisiō 695. en la 2. parte del tom. 1. porque

que en esta decision las comadres dixeron, que Maria erat valde arcta, y los Medicos, que Francisco non posse coire cũ virgine nimis arcta, y asi no podia constar, que Francisco padecia impedimento, o en qual de los dos yua. Demas que no parece, que auian cohabitado el trienio, vt ex ea colligitur, num. 5. ibi: *Quantum attinet ad secundam difficultatem, an in casu, de quo agitur, versemur in secunda, vel tertia specie, ita vt vltra iuramentum sit necessaria cohabitatio triennalis, Rota censuit, nos versari in tertia specie, quia Medici inspexerunt Franciscum, obstetrices verò Mariam: vnde cũ iudicia sint separata, ita vt non possint dici super certo, quia Medici, nec obstetrices inspexerunt vtrumquè, & propterea licèt dixerint Franciscum non posse coire cum muliere valde arcta, non inde sequitur per necesse, quòd Maria sit valde arcta quoad Franciscum, & ideo in casu isto probatio est iudicanda dubia, & præsumptiua, vnde per necesse requiritur cohabitatio triennialis.*

Ni la decis. 695. porq̃ los Medicos, y comadres no conformauã, ni se podia aueriguar en qual delos dos iba.

Y sin embargo de lo dicho aun no se decidio el punto, sino que se boluiesse a hazer segunda inspeccion, vt colligitur ex num. 1. & finali, y en nuestro caso cessa todo lo dicho, porque los Medicos declaran el impedimento, y las comadres dizen, que la Marquesa es apta. Y reparo, que en ninguna destas decisiones hallo, que estè determinado el punto: demas, que en la variedad del hecho no ay cosa que se ajuste, Bernard. Greuen. in prooem. conclusionum, n. 44. ibi: *Et vel leuissima nouè propositi facti circunstantia sæpiusculè in causa sit, quare in summis Consistorijs varietur.* Thesaur. d. præfat. n. 33. *Quandoquidem, & minima vnius circunstantiæ varietas, seu mutatio totum ius mutet.* Fichard. cons. 3. num. 3. vol. 1. & cons. 59. num. 8. vol. 2. scite Decian. in Apol. d. cap. 21. num. 29. 30. 31. accedit noue Alexand. Raudens. respons. 50. num. 106. 107. & sequentib. volum. 1. *Quare circunstantijs per omnia non conuenientibus, denegari illationem ex anteriori decisione, certum est, vt separatorum ita separata sit ratio, atque proinde iudicium separatum, non idem.* Interminis argente, Nicol. Reuso. decis. 17. num. 32. lib. 2. *Si item mutata nouæ causæ qualitate, vel rerum, vel personarum, mutanda*

Num. 80.

Y sin embargo se decidiò, q̃ se hiziesse otra inspecciõ, y qualquiera circunstancia q̃ se mude, es diferente el hecho.

Num. 81.
No tienen los casos referidos similitud cō el nuestro, y no se puede prometer mejor sucesso.

da sit concipienda sententia, idem Thesaur. ibidem, num. 7.

Rursus, todos los casos referidos no tienen similitud con el nuestro, ni en ellos ay tanta prouança, tan grãdes circunstancias de separacion, pende la seguridad prouable de la sucesion de dos Casas tan grandes, tan calificadas y nobles. Quis denique his prætermissis sanæ mentis Comitem aptũ ad virgineam copulam affirmauit? sua intererat, & tamen non potuit, quovsque Marchionisa post elapsum quinqueniũ expectauit? an leges, & Canones sanctissimæ aliud trienium Marhionissam periculo successionis in dispendium vitæ naturalis æternæque propter odium adstringant? minime. Valeam affirmare, qua spe quis post quinquagesimum ætatis Comitis annum salutem validam huius impedimenti Comitem consecuturum fretus affirmat? Quis pro eo fideiubebit, quæ pignora sequestrãtur, quæ hypoteca specialiter obligatur, an ætas Comitis qui quotidie senescit? Quod tempus floridum iuuentutis negauit, senectus quomodò concedere posit?

ARTICVLVS TERTIVS.

Si el Conde està obligado a restituyr a la Marquesa la dote, arras, y demas bienes que dio, lleuò, y cobrò por respecto deste matrimonio.

PAra inteligencia de lo que en este articulo se ha de resoluer supongo algunas conclusiones juridicas, y legales.

Num. 82.
Las donaciones entre marido y muger constante el matrimonio putatiuo son nulas.

La primera, que las donaciones entre marido y muger de matrimonio putatiuo, juzgando, que era valido, y por algũ impedimento se viene a resoluer, son nulas, y de ningun valor y efecto, text. in l. cum hic status, §. fin. ff. de donat. inter vir. & vxor. quo in text. probatur donationem inter coniuges putatiuos factam morte non confirmari, quoniam iniustum fore legislatori visum est, vt quod matrimoniũ illegitimum fecit, veri, & legitimi prærogatiuã cõsequatur; quod dixit singulare Bald. in l. eam quã, nu. 22. C. de fideicom. vbi & Ias. Alex. in l. si cum dotem, §. fin. col. 2 ff. solut. matrim. Nouell. tract. de dot. p. 11. in 2. p principali, à n. 1. vbi latissimè discrimina matrimonij veri, & putatiui recenset: y es la

razon, porque no ha de ser de mejor calidad, y condicion el matrimonio putatiuo, que el verdadero, Palac. Rubios in repetit. rubric. de donationib. §. 36. à num. 1. cum alijs.

Si bien esta conclusion se limita auiendo ignorancia de impedimento ex parte recipientis, y conocimiento, y ciencia del ex parte dantis: y aunque algunos limitarō esto quā do el matrimonio non est copula consummatū: empero como esto se haze en fauor de la muger que padeciò el engaño, y en odio del marido que le supo, idem dicendum est, siue matrimonium sit ratum, siue consumatum, l. 3. tit. 11. p. 4. ibi: *E comoquier que tal don como este se diesse sin condicion: pero siempre se entiende, que el deue tornar aquel que el recibe, si por su culpa finca, que el matrimonio no se cumpla.* Palac. Rubios in d. Rubr. §. 36. n. 7. ibi: *Sed quamuis hac sua dicta videantur satis colorata, tamen ipse postea subtiliùs inuestigans mutauit sententiam, dicens, quòd vxor ignorās impedimentum, & decepta, cui maritus aliqua donauit, retinebit sibi, quamuis non fuerit carnaliter cognita; non solum si esset donatio facta propter nuptias in recompensationem dotis, cum pacto de lucrando, sed etiam si esset simplex donātis per textum quem reputat singularem,* in l. qui contra, C. de incestis nupt. ibi: *Siue deinceps quoquo modo datum fuerit.* Iuncto vers. exceptis. *Nec ibi sit differentia si fuerit matrimoniū consummatum per copulam carnalē, vel non: ex quo enim turpitudo versatur ex parte dantis, & non recipientis, & transfertur dominium in recipientem cum spe non repetendi,* argum. l. idem est §. sed quod meritrici, ff. de condiction. ob turp. causam, & 5. part. tit. 14. l. 50. & 51. de quibus supra fol. 3. col. 1. facit benè tex. in l. cuius per errorem, ff. de reg. iur. & l. 1. de cond. in deb. *vbi soluens ex falsa causa, quam scit esse falsam, videtur donare, & ideo non repetit: & inde est, quòd intrans monasteriū, offerens se, & sua monasterio, sciens ingressum non tenere, vitiato ingressu nō repetit quod donauit,* ita not. tenet Bart. in auth. ingressi, C. de sacros. Ecclesijs, Anton. Abb. & alij in cap. in præsentia, supra de probat. & in cap. penul. eodem tit. vbi per Modern. signanter per Francis. Aret. de quo per glos. & Doct. in c. quod ad te, de cleric. cōiug. & per Doctor. de

Num. 83. Sino es que ay ignorancia del impedimento ex parte recipientis.

de quibus per Felin.remiſsiuè in dict. c.in præſentia 17.col. verſ.Secundò quæro,quos videas per te. *Idem videtur dicendum in caſu noſtro. Et ideò ex quo iam fuit quæſitum mulieri prædictæ,non eſt conueniens,quòd fiſcus ab ea auocet tanquam ab indigna,cùm ipſa non fuerit in culpa.* Hoc voluit gloſ. notabil.in l.ea quæ,C.de donatio.ante nupt.& in l.cum qui, in glo.final.C.de adult.tenet Bart.in l.miles ita,§.mulier.ff.de teſt.mil.& benèfacit text.in d. l. fin.de legat. 1.& in l.2.C. de his quibus vt indig. *Quæ principaliter emanarunt fauore mulierum deceptarũ,vt poſsint capere ex teſtamento,vel aliàs à maritis deficientibus eas, nec ſe reſtringãt ad matrimonium carnali copula conſummatum , maximè quia verecunda eſſet probatio virginitatis hoc caſu.Vnde placet mihi iſta opinio,quæ eſt fauorabilis mulieribus,præſertim ſi interuenit oſculum, & alia quæ inter ſponſos interuenire ſolent.* argumen. l.ſi ſponſo, C.de donat.ante nupt.*cũ alijs,de quibus ſuprà dictũ eſt.Cogitabis tamen ſuper hoc,& videas* Bald.Nouel. in dict. tractat. cartha 243. 2. col. vet. & ſecundùm prædicta,*vbi etiam per eum latiſsimè quid fiet de dote & donatione propter nupt. & alijs lucris habitis inter coniuges putatiuos.* Et ibi notatur de intellectu dictæ legis,qui cõtra,C.de inceſtis nupt.&c. Etſi neceſſe infra iſto tit.*vbi videre poteris ad ſaturitatem,* & 5.p. tit.14.l.50.& 51.

Num.84.
La dote ſe ha de reſtituir en eſte caſo ſin dilacion alguna.

La ſegunda,que para reſtituir la dote putatiua,no ſe concede dilacion,ni tiempo alguno , ſino que en el inſtante que cõſta,q̃ el matrimonio es nulo,ſe ha de reſtituir,boluer,y pagar,l.1.§.exactio in gloſ.magna, C.de rei vxor. actio. quam dixit communem Nouell.in loco ſupra citato in 12.fallentia,ita fit , vt maritus etiam putatiuus non gaudeat priuilegio,ne conueniatur vltra quam facere poteſt. Alexand.in d. §.final.Ripa in rubric ff.ſolut.matrim.nu.63. *Neque fructus dotis putatiuæ lucratur maritus quatenus maritus,ſed vt quilibet alius bonæ fidei poſſeſſor,* l.in inſulam,§.fructus, ff.ſoluto matrimon.*vbi interpretes omnes : neque ſucceſsio abinteſtato, qua poſt plures ad ſucceſsionẽ vocatos, datur coniugi ſuperſtiti,conceditur coniugi putatiuo,* l.1. vbi omnes, C.vnde vir & vxor.

La tercera, que de la mesma suerte que las ganancias por la ley del Reyno constante el matrimonio verdadero, se comunican entre marido y muger, assi tambiē en el matrimonio que huuo impedimento: mayormente auiendo ignorancia del en el vno de los dos contrayentes, porque se equiparan en todo, cap. debitum, de bigamis, cap. ad audientiam, de sponsalib. Tiraquel. in d. l. 8. à num. 270. l. si cùm dotem, §. final. ff. solut. matrim. vbi egregiè declarat Alexand. Porro quoad propositam speciem pertinet ratio huius traditionis manifesta est: quia non aliud quàm industria & opera in huiusmodi societate attēditur, quæ sic vindicat in coniugibus putatiuis sicut in veris; nam & secluso matrimonio, poterat talis coire societas, vnde idem ius statuēdum est, l. 1. vbi Baldus, & Salicet. C. de condictio. ob causam, quam opinionem probarunt ex antiquioribus Panormit. in d. cap. 2. de donat. inter virum & vxor. fusè Palat. Rube. in rubric. de donatio. inter virum & vxor. §. 62. num. 23. & §. 36. nu. 2. Didac. Segur. in tract. de bon. lucratiu const. matrim. num. 97. Gom. in l. 56. Taur. num. 69. & 77. Tiraquel. ad leg. connubia. glos. 8. num. 270. Didac. Gouar. in Epitom. de sponsal. 2. part. cap. 7. §. 1. num. 7. & 8. Cassan. in consuetud. Burg. rubr. 4. §. 2. nu. 4. Nouel. tractat. de dot. part. 1. 1. 2. part. num. 29. ad finem, Matien. in l. 2. glos. 1. nu. 5 & 6. tit. 9. Rodrig. Xuar. in tit. de las ganancias in princ. & nu. 5. & 6. & sic decisum fuisse in Senatu Lusitano refert Anton. Gom. decis. 89. à num. 1. & iterum decis. 176. num. 1. Ioan. Garc. tractat. de acquæst. coniuga. nu. 159. Didac. Perez in l. 4. tit. 4. lib. 5. Azeued. in l. 2. à nu. 4. tit. 9. alios prætereo. Verùm intelligēda hæc communis opinio est, quando coniuges contraxerunt in facie Ecclesiæ, & hodierno iure cum solemnitatibus requisitis à sacro Concilio Trident. cap. 1. sessio. 24. alioquin secùs, vt rectè animaduertunt Garc. in dict. loco suprà citato Auenda respons. 20. Baeça tractat. de decim. tutor. cap. 12. nu. 17. Perez in d. l. 4.

Num. 85. Tambien competen los bienes gananciales.

La quarta, que sabiēdo ambos el impedimento, nulli acquiritur hæc donatio, sed fisco, l. cùm hic status 33. §. fin. in fin. ff. de donatio. inter virum & vxorem, l. 51. tit. 14. part. 5. Sanchez lib. 6. disputat. 2. num. 2. Aluar. Valasc. consult. 15.

Num. 86. Y si ambos supieran el impedimēto, se adquiere al fisco.

 Casa-

Casaneus conſ.49. Vincen.de Franch.deciſ.52. Iul. Clar.lib. 5.ſentent. §.fin.q.80.& ibi Baiardus.

Num.87. Y eſto deue proceder en los matrimonios donde reſiſte el derecho.

Si bien eſta doctrina y opinion ſe pudiera limitar, que ſolo obrara en los matrimonios a que reſiſten las diſpoſiciones legales, y en los caſos eſpeciales en que las meſmas leyes hablan en el tutor y curador q̄ casò con ſu pupila y menor, per text. in l.2.§.1.ff.de indign.l.tutor, l.ſi quis tutor, l. Senatus Conſulto, l.non eſt matrimonium, l.non ſolùm, ff. de ritu nuptiar.l.ſi pater, & l.ſi tutor, C.de interdict. matrimon. y en el Magiſtrado que durante el, o ſu hijo ſe caſaron, l.ſi quis officium, l.qui in prouincia, l.præfectos, l.eos qui, ff.de ritu nuptiar. Y en eſtas materias ſe ha de atender a la diſpoſicion Canonica, y no legal, vt tenet Peregrin.de iure fiſci lib.2.tit.10.à nu.5.vſque ad nu.11. Sanch.de matrimon. lib.7.diſputat.12.nu.28.& 29. Gratian. diſceptation.forenſ. tom.4.cap.653.num.18.cum tribus numeris ſequentib. Gutier.de tutelis part.2.art.12.per totum, præcipuè nu.12.

Num.88. Quando el donador ignorò el impedimẽto, y a quien ſe hizo lo ſabia, buelue al donante.

La quinta, quando el donador ignorò el impedimento, y el donatario en cuyo fauor ſe hizo le ſabia, ſi bien algunos hizieron diſtincion entre el legado y donacion, que aquel ſe adquiria al fiſco, y no al heredero del legante: con todo la reſolucion es, que ſe adquiere al legante, y al donante ſin diferẽcia alguna ſecluſa applicatione fiſci, Thom. Sanchez de matrim.d.diſputat.2.nu.7. Fontanel.de pact.1.part. clauſul. 4.glo.1.à nu.65.vſque ad 71. Molin.Societ.Ieſu de iuſtit. & iur.tract.2.diſputat.20.

Num.89. Y ſi el marido le ſupo, y la muger le ignorò, ſe adquiere a la muger, y no al fiſco.

La ſexta, que ſi el marido ſupo el impedimento, y la muger le ignorò, ſi es legado, adquiereſele enteramente, y ſi es donacion al fiſco, l.final.ff.de legat.1.l.Præfectus, ff.de ritu nuptiar. l.2.§.per contrarium, ff.de his quibus vt indign. gloſ.l.qui contra, C.de inceſt. nupt. Empero la mas verdadera opinion es, que no ſe adquiere al fiſco, ſino al que ignorò el impedimento, l.50.titul.14.part.5. Sanchez de matrimon. dict. diſputat. 2.num.5. Barboſ.in l. ſi cùm dotem 23.§.final.num.28. tomo 2.folio mihi 495. Scipio Gentilis de donationib.inter virum & vxorem, lib.4.cap.3.folio mihi 422.

His

His suppositis, los bienes que el Conde ha recebido res peto deste matrimonio, y los que està obligado a restituyr por aora, y satisfazer a la Marquesa, son la dote que consiste en el Estado, bienes libres, y hereditarios que heredò la Marquesa por fin y muerte de la de los Marqueses sus padres; los veinte y quatro mil ducados en plata doble que dio por cõseguir y alcançar este matrimonio al Marques, las arras, los bienes ganãciales, vestidos, y joyas que le dio el Conde quãdo se casò con la Marquesa: y aunque tiene otras pretensiones, miran a otro tiempo, y tienen otra inspeccion y consideracion: y de todos discurriẽdo en este articulo cõ breuedad, sacandolo, y fundandolo en las conclusiones precedentes.

Num. 90. Ha de boluer el Cõde los bienes, que recibio, dio, entregò, y prometio.

Dote, y bienes libres, y gananciales.

Num. 91. La dote, bienes libres y gananciales lo ha de restituir el Cõde, aũque no aya prometido de restituirlo.

DEsto no duda el Cõde, la restituciõ se ha de hazer luego, y sin dilacion alguna, vt supr. à nu. 83. asi por lo dicho, como por la escritura de capitulaciones matrimoniales presentada en este pleito q̃ trae aparejada execucion, sin embargo que no aya hecho carta de dote, y obligadose a la restituciõ, l. si duæ patroni, §. Marcellus, ff. de iur. iuran. l. 1. in princ. C. de rei vxor. actio. Bald. in l. ad probationem 1. C. de probat. Roder. Suar. ad leg. Toleti extensione 2. Parlador. lib. 2. rerũ quotid. c. fin. 1. p. §. 11. ampliat. 4. nu. 20. Curia Philippica 2. part. §. 7. nu. 4. Rodrig. de executio. cap. 1. art. 4. nu. 32. Galesius de Camerali obligatione, q. 29. num. 4. & Zachias super Galesium quæst. 31. à nu. 16. præcip. num. 19. Rota Roman. decis. 741. num. 12. part. 1. diuersor. & decis. 85. nu. 1. post dictum tractatum de obligat. Camerali, Surd. decis. 254. num. 37. & 39. cum alijs, Gratian. disceptation. forens. tom. 2. cap. 698. nu. 9. idem Gratian. tom. 1. disceptation. cap. 37. nu. 44. & cap. 115. à nu. 96. & tom. 2. c. 324. à nu. 9.

En quanto a los veinte y quatro mil ducados.

Num. 92. Lo mesmo los veinte y quatro mil ducados que se dieron al Marques, y los cobrò despues el Conde.

Procede lo mismo, porque estos bienes erã del Marques don Alonso, quãdo despues de celebrado este matrimonio, los cobrò el Cõde, no como bienes suyos, sino de la mesma

Mar-

Marquesa heredera de su padre, a quien estauan entregados como dueña y señora dellos, & Doct. in l. 1. ff. pro dote, l. traditionibus, C. de pact. l. qui tibi, C. de hæreditat. vel act. vendita, glo. in l. 1. & ibi Bart. ff. de vsucapio. pro donato, Bellamera cons. 39. nu. 3. & 25. Paul. Castrens. in l. de diuision. nu. 4. ff. solut. matrim. Alexan. cons. 28. in princ. vol. 2.

Num. 93. Mayormente sabiendo el impedimento, y auiendose entregado al Marques.

Y aunque la donacion entre marido y muger putatiuos no valga, es en caso, que ambos ignoraron el impedimento: pero sabiendole el Conde, y resultando ser la Marquesa decepta en este matrimonio cō el deslustre deste pleito, aunque no se aya consumado el matrimonio, vale ex dictis supra à nu. 83. Y si bien Sanchez quiere insinuar in dict. lib. 6. disputat. 2. nu. 9. que ex defectu voluntatis no vale, & reditur ad donantem es en caso que ambos ignoraron el impedimento, y en orden a que el fisco no preocupasse este derecho, y quedasse libre el marido: pues a la muger que lo supo no se le haze injuria, ni agrauio en quitarle esta donaciō: de mas que en este caso la entrega deste dinero no se hizo a la Marquesa, sino a su padre, con que cessa toda disputa, y es precisa la restitucion.

En quanto a arras, y yocales.

Num. 94. Especialmente quādo el impedimento procede de impotencia.

PRocede lo mesmo ex dictis supra à nu. 83. & in specie singulariter Riccius in praxi Ecclesiastica, tit. de matrimon. decis. 256. per totam, ibi: *Matrimonio separato ob impotentiam coeundi, an iocalia, vestes, & donamenta restituēda sint? In hac quæstione respondidi distinguendo scilicèt, quòd aut sciebat impedimentum impotentiæ, & tunc nihil restitui debet*, vt probat text. in l. penult. ff. de donation. inter virum & vxor. Roman. cons. 146. nu. 2. & 3. Ruin. cons. 58. n. 24. vol. 2. Hippolyt. cons. 90. num. 5. & singul. 481. additio ad Bart. in l. in rebus, §. seruus, ff. solut. matrimonio. Caualcan. decis. 18. de Franch. decis. 52. Viuius decis. 415. num. 3. & huius quæst. duplex est ratio.

Num. 95. Y que este lo supo, y sabe el Conde.

Primò, quia sciens impedimentum, videtur donare, & vt dolosus non repetit, l. si quis alumnam, C. de nupt. & communi-

muniter Scribentes in l.si cum dotem, §. si mulier, ff. solut. matrim.& in l.auunculo, ff.de cognitione sine causa, Fanuptius de lucro dotis, glos.34.n.11.vsque ad finem, Bellon.cōs. 84.Suarez in tit.de las ganancias, num.27. Beluis in sua practica in tit. de iniur.num.36.

Secunda ratio, quia impedimentum stans à principio imputatur scienti, non autem ignoranti, vt est text.expressus in l.si legibus, C.de Episcopali audientia, Bald.cons.320.vol.2. Alexand.cons.60.nu.4.& seq. vol.1.Monald.cons.3.num.5. Merend.cons.18.

Num. 96. Y que se ha de imputar al que lo sabe, no al que lo ignora.

Non tamen omnia donata veniunt restituenda, sed dumtaxat illa, quæ sunt preciosa, Corset.in singul. in verb. conditio, Ias.in l.ipsa apud quem.n.12.ff.de legat.1.Capel. Tholos.in decis.88.Afflict.decis.315.& procedete etiam in vestibus,& iocalibus existentibus apud sartorem, & non vt sartis, sed distinatis iugalibus, Capella Tholosan.decis. 387.& in decis.388. Caualchan.de vsufructu, num. 85.& in citata decis.18.num.18.

Num.97. Y todos los yocales preciosos.

Et restitui debent eo modo, quo reperiuntur, cum fuerint data ad vtendum Petr.de Vbald.in tratact.de duob. fratribus in 6.part.quæst.20.num.21.chart. 73. prout etiam dicitur de bonis paraphrenalibus secund. Aretin.d.§.fuerat, sub nu.26.instit.de actio. Tiraq de retract.couent.ad finem tit. num.86.Franc.Crement. sing.142. si paraphrenalia sentit, Afflict.decis.147.Sylua nup.lib.2.nu.71.cart.167. Dec.in.d. contractus num.25.ff.de reg. iuris Caualcan.in tract.de vsufruct.num.246.chart.595.& in decis.11.nu.6.& 7. cart.196. in hac 2.part.Socin. cōs.9.postremo, vol.4.Laur. Sylua cōs. 37.nu.3.& Paul.de Castr.cons.242.col.fin. vol.2.Nisi æstimata essent data, quia tunc æstimatio faceret emptionē, vt per Paris.cons.64.num.17. & seq. vol.4. & Sylua nup. lib.1. num.71.cart.167.& supra in d.decis.11.sub num.7.

Num.98. Y en la forma que se entregaron.

Y para verificacion de que este impedimento precediò al matrimonio, y que no lo pudo ignorar el Conde, ni que casandose tēdria remedio por ser natural, e perpetuo, en maleficio lo tiene, y juzga assi Ias.in cons.58.vol.1.n.9.ibi: *Secundò, & clarius luce meridiana respondeo, quòd ex quo probatum*

Num. 99. Y la cohabitacion trienal prueua que precedio al matrimonio el impedimento.

batum est, matrimoni ũ, non esse consummatũ præsumitur maleficium præcessisse ipsum matrimonium. Ista sunt ad literam formalia verba, quæ decidunt casum nostrum. Do. Abb. Panorm. in ca. fin. per illum text. extra de frigid. & malefic. vbi in 2. notabili colligit ex illo text. ibi: *Esse casum apertũ, & notabilẽ, intelligendo, quòd loquatur in maleficiato, vt communiter intelligitur, quòd ex quo matrimoniũ non est consummatum, præsumitur maleficium matrimonium præcessisse: & dicit, quòd nemo adhuc illum text. ad hoc põderauit. Istud idẽ & plenuis tenuit* idem Doc. Abb. Panormitan, in c. fraternitatis eo. tit. de frigid. & maleficiat. in 2. col. ad fin. & seq. in vers. *Sed est dubium, vtrum præsumatur præcessisse matrimonium, &c. Vbi formaliter quærit, si probatur, quòd vir fuerit maleficiatus, an præsumatur, quòd maleficiũ præcesserit ipsum matrimonium, an verò fuerit secutum? & dicit, Doctores inclinare in sententiam, quòd præsumatur præcessisse.*

Num. 100.
Epilogase lo dicho.

Conforme a lo qual parece, que el impedimento que padece el Conde, està verificado, y prouado, y que es natural, y perpetuo por declaraciones de Medicos juridicas, hechas como se requiere, que pudieron repetirse, y reiterarse: son de los mas doctos de España, de mas experiencia, autoridad, y puesto; por presunciones juridicas, y legales, por la cohabitacion trienal, cuyo termino empeçò desde el dia del desposorio: no se ha de boluer a asignar: las decisiones no hablan en este caso, ni se pueden adaptar a el, ni era razon que boluiera la Marquesa a cohabitar con peligro de faltar la sucesion tan necessaria en ambas casas, y la posibilidad sola, quanto mas, que es euidente, no ha de surtir mas efeto, basta para preuenir con tiempo, pues tiene tanta justicia el incremento de daños que de lo contrario se pueden seguir, que vna vez hecho, no se podrian remediar: & satius etenim est intacta iura seruare, quàm post causam vulneratam remedium quærere, l. fin. C. in quib. caus. restitut. in integ. non est necessaria, cum alijs, y asi parece se ha de hazer. Salua in omnibus, &c.